

المعالي

المجلد الثامن

کتاب الجنایات - کتاب الحنشی

طبعة غير مراجعة

المهملات

شرح

بابية مطلبتك

للمعلم بروف الدرة ربة ربة علي بن ربة بكر المرفينا في رمة الله

٥١١ ٥٩٣ هـ

المجلد الثامن

كتاب الجنائيات - كتاب الخنثى

طبعة جديدة ملونة



دار الكتب العربية
للنشر والتوزيع

طبعة جديدة ملونة



جمعية اللغة العربية
للدراسات اللغوية والنحوية والتعلمية

جزاکم اللہ تعالیٰ خیراً

سنة الطباعة : ١٤٣٩هـ / ٢٠١٨م

+92 21 35121955-7
+92 334-2212230, +92 346-2190910
+92 314-2676577, +92 302-2534504
info@maktaba-tul-bushra.com.pk
www.maktaba-tul-bushra.com.pk
www.albushra.org.pk

كتاب الجنايات

قال: القتل على خمسة أوجه: عمد، وشبه عمد، وخطأ، وما أجري مجرى القدروري ^{حصراً استقرائياً} الخطأ، والقتل بسبب، والمراد: بيان قتل تتعلق به الأحكام. قال: فالعمد: ما تعمد ضربه القدروري ^{مراد القدروري} بسلاح أو ما أجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب، وليطة القصب، والمرؤة ^{قشر القصب} المحددة، والنار؛ لأن العمد هو القصد، ولا يوقف عليه إلا بدليله، وهو استعمال الآلة القاتلة، فكان متعمداً فيه عند ذلك. وموجب ذلك المأثم؛

كتاب الجنايات: ذكر الجنايات عقب الرهن؛ لأن الرهن لصيانة المال، وحكم الجناية لصيانة الأنفس، والمال وسيلة النفس، فكان مقدماً عليها، ومحاسن أجزيتها محاسن الحدود والجناية في اللغة: اسم لما يكتسب من الشر، تسمية للمصدر من جنى عليه شراً، وهو عام، إلا أنه في الشرع خص بفعل محرم شرعاً، حل بالنفوس والأطراف، والأول يسمى قتلاً، وهو فعل من العباد تزول به الحياة، والثاني: يسمى قطعاً، وجرحاً، وسببها: سبب الحدود، وشرطها: كون المحل حيواناً. [العناية ١٣٧/٩]

الأحكام: كالقصاص والدية والكفارة وحرمان الميراث وغيرها. [الكفاية ١٣٧/٩] قيد به؛ لأن أنواع القتل أكثر من خمسة، وقد ذكر في "مبسوط شيخ الإسلام" أنواع القتل أكثر من خمسة رجم وقصاص، وقتل حرّبي، وقتل لقطع الطريق، وقتل المرتد، فعلم أن المراد به القتل الموجب للضمان وهو خمسة. [البنية ٦٢/١٣]

بسلاح: متخذ من الحديد نحو السيف والسكين.

المروءة: وهي القطعة من الحجر الصوان يكون لها أطراف تقطع ما أصابته. (البنية) والنار: ألا ترى أنها تعمل عمل الحديد في الذكاة، حتى أنها إذا وضعت في المذبح، فقطعت ما يجب قطعه في الذكاة، وسال بها الدم حل، فإن انحسم ولم يسال الدم لا يحل. [الكفاية ١٣٩/٩] لأن العمد إلح: أي أما اشتراط السلاح أو ما يجري مجرى السلاح؛ فلأن العمد هو القصد، وهو فعل القلب لا يوقف عليه؛ إذ هو أمر مبطن، فأقيم استعمال الآلة القاتلة غالباً مقامه تيسيراً، كما أقيم السفر مقام المشقة. عند ذلك: أي عند وجود العمد باستعمال الآلة القاتلة. [البنية ٦٣/١٣]

لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ﴾ الآية، وقد نطق به غير واحد من السنة،* وعليه انعقد إجماع الأمة. قال: والقود؛ لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾ إلا أنه تقيّد بوصف العمدية؛ لقوله عليه السلام: "العمد قود" ** أي: موجب، ولأن الجناية بها تتكامل، وحكمة الزجر عليها تتوفر، والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك. قال: إلا أن يعفو الأولياء، أو يصالحوا؛ لأن الحق لهم، ثم هو واجب عيناً، وليس للولي أخذ الدية إلا برضا القاتل،

ومن يقتل إلخ: الآية المذكورة وإن أفادت المأثم في قتل المؤمن عمداً فقط بعبارتها، إلا أنها تفيد المأثم في قتل الذمي عمداً أيضاً بدلالتها بناء على ثبوت المساواة في العصمة بين المسلم والذمي نظراً إلى التكليف، أو الدية. غير واحد إلخ: أي السنة فيه أكثر من أن يحصى، وأظهر من أن يخفى. [البنية ١٣/٦٤] والقود: يعني القصاص معطوف على قوله: المأثم، أي موجب القتل العمد الإثم في الآخرة، والقصاص في الدنيا؛ لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾، وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطأ، لكنه يقيّد بوصف العمدية؛ لقوله عليه السلام: العمد قود. [العناية ١٤٠/٩] أي موجب: وهذا يدل على نفي ما عداه؛ لأنه وقع في مقام البيان. والعقوبة المتناهية: حجة أخرى، وتقريرها: القود عقوبة متناهية، والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية، وذلك ظاهر. [العناية ١٤٠/٩]

* الأحاديث في تحريم قتل المسلم كثيرة جداً، فمنها ما أخرجه الأئمة الستة عن مسروق. [نصب الراية ٣٢٣/٤] أخرجه البخاري في "صحيحه" عن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله ﷺ إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة. [رقم: ٦٨٧٨، باب قول الله تعالى: إن النفس بالنفس]

** روي من حديث ابن عباس، ومن حديث عمرو بن حزم. [نصب الراية ٢٢٧/٤] أخرجه ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: "العمد قود إلا أن يعفو ولي المقتول": [٣٦٥/٩، باب من قال العمد قود]

وهو أحد قولي الشافعي رحمته الله، إلا أن له حقَّ العدول إلى المال من غير مرضاة
القاتل؛ لأنه تعيَّن مدفعاً للهلاك، فيجوز بدون رضاه، وفي قول: الواجب أحدهما القود والدية
لا بعينه، ويتعين باختياره؛ لأن حق العبد شرعاً جابراً، وفي كل واحد نوع جبر
فيتخير. ولنا: ما تلونا من الكتاب، وروينا من السنة، ولأن المال لا يصلح موجباً؛
لعدم المماثلة، والقصاص يصلح للتمائل،

وهو [أي تعين القود] أحد قولي الشافعي رحمته الله إلخ: فعلى هذا إذا عفا الولي عن القصاص يسقط حق
الولي، وكذا إذا مات القاتل يسقط حق الولي، وفي قوله الآخر: الواجب أحدهما لا بعينه، ويتعين
باختياره، فعلى هذا لو عفا الولي عن القصاص كان له المطالبة بالدية، وكذلك إذا مات كان له حق
استيفاء الدية؛ لكونها موجباً أصلياً. [الكفاية ١٤٠/٩-١٤١] مدفعاً للهلاك: كمن أصابته مخمصة، فبذل
له إنسان طعاماً بثمان المثل لزمه الشراء؛ لأنه ملك ما يحبي به نفسه بعوض يعد له. [الكفاية ١٤٠/٩]
فيجوز إلخ: وهذا؛ لأن إحياء النفس فرض على الإنسان ما أمكن. [البنية ٦٦/١٣] جابراً: لحاجة العبد
إلى الجبر حين تحقق نقصان في حقه. (الكفاية) نوع جبر: أي لحق المقتول مما فات عليه، فإن المقتول ينتفع
بالدية من حيث قضاء ديونه، وتنفيذ وصاياه وتجهيزه وتكفينه، أو لحق الولي؛ لأنه ينتفع به الولي الذي
كان ينتفع بالمقتول، وفي القصاص نوع جبر أيضاً لمعنى الانتقام، وتشفي الصدور. [الكفاية ١٤١/٩]
ما تلونا: من قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾، ووجه التمسك به: أن الله تعالى ذكر
في الخطأ الدية، فتعين أن يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطأ، وهو العمد، متعيناً بالعمد، لا
يعدل عنه؛ لئلا تلزم الزيادة على النص بالرأي. ووجه التمسك بالسنة: أن الألف واللام في قوله: العمد
للجنس؛ إذ لا معهود ينصرف إليه، ففيه تنصيص على أن حكم جنس العمد ذلك، فمن عدل عنه إلى
غيره زاد على النص. [العناية ١٤١/٩]

لا يصلح: وهذا؛ لأنه لا مماثلة بين الآدمي والمال لا صورةً ولا معنى، فالآدمي خلق لتحمل أمانة الله تعالى
والاشتغال بعبادته، والمال خلق لإقامة مصالحه هو مملوك الآدمي، والآدمي مالكة، فأنى يتشابهان، وإنما
التمائل في القصاص، فالنفس بالنفس والقتل بالقتل. [الكفاية ١٤١/٩]

وفيه مصلحة الأحياء زجراً وجبراً فیتعین، وفي الخطأ وجوبُ المال ضرورةً صونِ الدم عن الإهدار، ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال، فلا يتعين مدفعاً للهلاك، ولا كفارة فيه عندنا، وعند الشافعي رحمته الله: تجب؛ لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمسُّ منها إليه في الخطأ، فكان أدعى إلى إيجابها. ولنا: أنه كبيرة محضة، وفي الكفارة معنى العباد، فلا تناط بمثلها،

زجراً [لغير عن وقوعه فيه] وجبراً: فأما زجراً، فإن من قصد قتل عدوه، فإذا تفكر في عاقبة أمره أنه إذا قتل قتل به انزجر عن قتله، فكان حياة لهما، أي إبقاء لهما على الحياة، وأما جبراً؛ فلأنه إذا قتل به سلم حياة الأولياء، فإن القاتل يصير حرباً على أولياء القاتل خوفاً على نفسه منهم، فهو يقصد إفنائهم لإزالة الخوف عن نفسه، فالشرع مكنتهم من قتله قصاصاً دفعاً لشره عن أنفسهم، وإحياء الحي في دفع سبب الهلاك عنه، ولما كان فيه حياة من الوجه الذي قلنا صلح جابراً؛ لأن الفاتئ بالقتل حياة، والحاصل بالقصاص حياة مثل الأول. [الكفاية ١٤٢/٩]

وفي الخطأ إلخ: أي وإنما وجبت الدية في الخطأ، بخلاف القياس؛ لأن القتل أعظم العقوبات، والخطأ معذور، فيتعذر إيجاب المثل عليه، ونفس المقتول محرمة لا يسقط حرمتها بعذر الخطأ، فوجب المال صيانة للدم عن الهدر منه على القاتل، بأن سلمت له نفسه، وللقتل بأن لم يهدر دمه، وشرع المال عند عدم الإمكان لا يدل على شرعه عند الإمكان. (الكفاية) ولا يتيقن إلخ: أي بقتل القاتل بعد ما أخذ الدية يعني يجوز أن يأخذ الولي مال القاتل بدون رضاه ثم يقتله، وهذا جواب عن قول الشافعي رحمته الله؛ لأنه تعين مدفعاً للهلاك. [الكفاية ١٤٢/٩ - ١٤٣] عندنا: أي في القتل العمد سواء وجب فيه القصاص أو لم يجب كالأب إذا قتل ابنه عمداً. [العناية ١٤٣/٩] وبه قال مالك وأحمد في المشهور عنه. [البنية ٦٨/١٣]

أمس: وذلك لأن الكفارة شرعت ماحية للإثم، والإثم في العمد أكبر، فكان أدعى إلى إيجاب الكفارة. [الكفاية ١٤٣/٩] كبيرة محضة: أي ليس فيه جهة الإباحة. [البنية ٦٨/١٣] وما هو كذلك لا يكون سبباً لما فيه معنى العباد، والكفارة فيها ذلك. [العناية ١٤٣/٩] فلا تناط إلخ: لأن الحكم نتيجة السبب، فيراعى التناسب بينهما، فلا يجب إلا بسبب دائر بين الخطر والإباحة كالخطأ، فإنه بالنظر إلى أصل الفعل مباح، وبالنظر إلى المحل الذي أصابه محظور، والكفارة دائرة بين العباد والعقوبة، فتجب بمثله، ولا تجب بالقتل العمد؛ لأنه محظور كما لا تجب بالمباح المحض، وهو القتل بحق كالقصاص، وإنما تجب بسبب دائر بين العباد والعقوبة؛ لتنسب العقوبة إلى جانب الخطر، والعبادة إلى جانب الإباحة. [الكفاية ١٤٣/٩]

ولأن الكفارة من المقادير، وتعينها في الشرع لدفع الأدنى لا يعينها لدفع الأعلى.
مقادير الشرع

ومن حكمه: حرمان الميراث؛ لقوله عليه السلام: لا ميراث لقاتل. * قال: وشبه العمد عند القتل العمد
الذنب الأعلى
القدوري

أبي حنيفة رحمه الله: أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح، ولا ما أجري مجرى السلاح،
تفريق الأجزاء

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما، وهو قول الشافعي رحمه الله: إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد، وشبه العمد: أن يتعمد ضربه بما لا يُقتل به غالباً؛ لأنه يتقاصر معنى

العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالباً؛ لما أنه يقصد بها غيره كالتأديب ونحوه،
آلة الصغيرة
كالتحريق

ولأن الكفارة إلخ: هذا جواب عن قياس الشافعي رحمه الله حيث قاس وجوب الكفارة في العمد على وجوب الكفارة في الخطأ. [الكفاية ١٤٤/٩] الأدنى: في الخطأ، أي الذنب الأدنى. وشبه العمد: سمي به؛ لأن في هذا الفعل معنيين: معنى العمدية؛ باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب، وإلى ارتكاب ما هو محرم عليه، ومعنى الخطأ: باعتبار انعدام قصد القتل بالنظر إلى الآلة التي استعملها؛ إذ هي آلة الضرب للتأديب دون القتل، وإنما يقصد إلى كل فعل بآلته، فكان ذلك خطأ يشبه العمد صورة من حيث أنه كان قاصداً إلى الضرب، وإلى ارتكاب ما هو محرم عليه كذا في "المبسوط". (العناية) بما ليس بسلاح إلخ: سواء كان الهلاك به غالباً كالخجر والعصا الكبيرين، ومدقة القصار، أو لم يكن كالعصا الصغيرة. [العناية ١٤٤/٩]

لا يقتل به غالباً: كالعصا الصغيرة إذا لم يوال في الضربات، فأما إذا والى فيها فقليل: شبه عمد عندهما، وقيل: عمد محض. [العناية ١٤٤/٩]

* أخرجه ابن ماجه في "سننه" عن أبي خالد الأحمر عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب، أن أبا قتادة رجل من بني مدلج قتل ابنه، فأخذ منه عمر مائة من الإبل، ثلاثين حقة وثلاثين جذعة، وأربعين خلفه، فقال: أين أخو المقتول سمعت رسول الله ﷺ يقول: "ليس لقاتل ميراث". [رقم: ٢٦٤٦، باب القاتل لا يرث] قال البيهقي في المعرفة: وحديث عمرو بن شعيب، عن عمر فيه إنقطاع. [نصب الراية ٣٢٩/٤] قلت: لا ضير، فإن الانقطاع غير مضر عندنا، لاسيما إذا تأيد بموصول ابن راشد وابن عياش، وهذه أمثل طرق الحديث، وقد عمل به الأئمة مع أن شيئاً من طرقه لا يخلو من كلام. [إعلاء السنن ٢٢٩/١٨]

فكان شبه العمد، ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث؛ لأنه لا يقصد به إلا القتل كالسيف، فكان عمداً موجباً للقود. وله قوله عليه السلام: **ألا إن قتيلاً خطياً العمد قتلُ السُّوط والعصا، وفيه مائة من الإبل**،* **ولأن الآلة غير موضوعة للقتل، ولا مستعملة فيه؛ إذ لا يمكن استعمالها على غِرةٍ من المقصود قتله، وبه يحصل القتل غالباً، فقصرت العمدية نظراً إلى الآلة، فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة.**

قال: وموجب ذلك على القولين الإثم؛ لأنه قتلٌ وهو قاصد في الضرب.

القُدوري
شبه العمد

فكان: أي القتل بالآلة الصغيرة. **ألا إن قتيلاً:** وجه الاستدلال: أنه عليه السلام جعل قتيلاً السوط والعصا مطلقاً شبه عمد، فتخصيصه به بالصغيرة إبطال للإطلاق، وهو لا يجوز. (العناية) **ولأن الآلة:** أي ولأن العصا الكبيرة والصغيرة تساوي في كونها غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له؛ إذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله، وبلاستعمال على غرته يحصل القتل غالباً، وإذا تساوى والقتل بالعصا الصغيرة شبه عمد، فكذا بالكبيرة. [العناية ١٤٥/٩-١٤٦] فيه: أي في القتل؛ لأنه لا يمكن استعمال هذه الآلة. [البنية ٧١/١٣]

لا يمكن: يعني أن استعمال آلة القتل غالباً إنما يكون إذا كان المقتول غافلاً عن أنه يقتل كاستعمال السكين والسيف، وههنا لا يمكن استعمال هذه الآلة على غفلة من المقتول؛ لاحتياج القتل ههنا إلى توالي الضربات، فلم يكن هذا الاستعمال استعمالاً في القتل. يحصل القتل إلخ: أي بالاستعمال على غرة من المقصود بالقتل يحصل القتل غالباً، ولا يحصل ذلك إلا بآلة موضوعة للقتل كالسيف والسكين. [الكفاية ١٤٥/٩-١٤٦]

شبه العمد: أي القتل بالحجر العظيم والخشبة العظيمة.

* روي من حديث عبد الله بن عمرو، ومن حديث ابن عمر، ومن حديث ابن عباس. [نصب الراية ٣٣١/٤]

أخرجه أبو داود في "سننه" عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ خطب يوم الفتح. فقال: "ألا إن كل مأثرة كانت في الجاهلية من دم أو مال تذكر وتدعى تحت قدمي، إلا ما كان من سقاية الحاج وسدانة البيت"، ثم قال: "ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون في بطونها وأولادها". [رقم: ٤٥٨٨، باب في دية الخطأ شبه العمد]

والكفارة؛ **لشبهه بالخطأ**، والدِّية مغلظة على العاقلة، والأصل: أن كل دية وجبت بالقتل ابتداءً لا بمعنى يحدث من بعد، فهي على العاقلة اعتباراً بالخطأ، وتجب في ثلاث سنين؛ لقضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وتجب مغلظة، وسننين صفة التغليظ من بعد إن شاء الله تعالى. ويتعلق به حرمان الميراث؛ لأنه جزاء القتل، والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث، ومالك رحمته الله: وإن أنكر معرفة شبه العمد، فالحجة عليه ما أسلفناه. قال: والخطأ على نوعين: خطأً في القصد: وهو أن يرمي شخصاً يظنه صيداً، فإذا هو آدمي، أو يظنه حربياً فإذا هو مسلم.

لشبهه بالخطأ: أي نظراً إلى الآلة، فدخل تحت قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطْأً﴾ (الكفاية) ابتداءً لا بمعنى: احترز بقوله: ابتداءً عن دية وجبت بالصلح في القتل العمد، وعن دية وجبت على الوالد بقتل ولده عمداً؛ لأنها لم تجب ابتداءً؛ لأن الواجب فيه ابتداءً القصاص، إلا أنه يسقط بعلقة الأبوة، فوجبت الدية صيانة للدم عن الهدر. [الكفاية ١٤٦/٩] لقضية عمر بن الخطاب: يعني ما روي عنه أنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين، والمروي عنه كالمروي عن رسول الله ﷺ؛ لأنه مما لا يعرف بالرأي. [العناية ١٤١/٩] جزاء القتل: أي مباشرة وقد وجد. (الكفاية) ومالك وإن أنكر إلخ: قال مالك رحمته الله: لا أدري ما شبه العمد، وإنما القتل نوعان: عمد وخطأ؛ إذ لا واسطة بينهما في سائر الأفعال، كذا في هذا الفعل. [الكفاية ١٤٧/٩] ما أسلفناه: قيل: أراد قوله ﷺ: "ألا إن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا" الحديث، ولكن المعهود من المصنف رحمته الله في مثله أنه يقول: ما رويناه، والحق أن يقال: إنما قال: ما أسلفناه نظراً إلى الحديث، والمعنى المعقول. [العناية ١٤٧/٩] على نوعين: وإنما انحصر على هذين النوعين؛ لأن رميه السهم إلى شيء معين بالقصد إليه مشتمل على فعلين: فعل القلب وهو القصد، وفعل الجارحة، وهو الرمي، فلو اتصل بالخطأ بالفعل الأول كان هو النوع الأول، ولو اتصل بالفعل الثاني كان هو النوع الثاني، فلما انحصر فعل الرمي على هذين الفعلين، انحصر الخطأ المتصل بفعل الرمي أيضاً على هذين النوعين ضرورة. [الكفاية ١٤٧/٩-١٤٨] القصد: أي في قصد الفاعل وظنه.

وخطأً في الفعل: وهو أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً، وموجب ذلك الكفارة،
والدية على العاقلة؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ الآية،
وهي على عاقلته في ثلاث سنين؛ لما بيناه. ولا إثم فيه، يعني في الوجهين، قالوا:
المراد إثم القتل، فأما في نفسه، فلا يعرى عن الإثم من حيث ترك العزيمة، والمبالغة في
التثبت في حال الرمي؛ إذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى. ويجرم عن الميراث؛
لأن فيه إثماً، فيصح تعليق الحرمان به، بخلاف ما إذا تعمّد الضرب موضعاً من
جسده فأخطأ، فأصاب موضعاً آخر فمات، حيث يجب القصاص؛ لأن القتل قد
وجد بالقصد إلى بعض بدنه، وجميع البدن كالمحلّ الواحد. قال: وما أجري مجرى
الخطأ مثل النائم ينقلب على رجلٍ فيقتله: فحكمه حكم الخطأ في الشرع.

الفعل: أي في نفس الفعل لا في ظنه. غرضاً: بفتح الغين المعجمة والراء، وبالضاد المعجمة
وهو الهدف. [البنية ٧٣/١٣] ولا إثم فيه: لقوله ﷺ: "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان". [العناية ١٤٨/٩]
إثم القتل: أي إثم قصد القتل، فأما في نفسه: أي فأما القتل في نفسه، فلا يعرى عن الإثم من حيث ترك
العزيمة والمبالغة في التثبت، وهذا الإثم إثم القتل؛ لأن نفس ترك المبالغة في التثبت ليس بإثم، وإنما يصير به إثماً
إذا اتصل به القتل، فتصير الكفارة لذنوب القتل، وإن لم يكن فيه إثم قصد القتل. [الكفاية ١٤٨/٩]
إذا تعمّد إلخ: متصل بقوله: وموجب ذلك الكفارة والدية، وصورة ذلك: رجل تعمّد أن يضرب يد
رجل فأخطأ، فأصاب عنقه فقتله، فهو عمد فيه القود، ولو أراد يد رجل، فأصاب عنقه غيره وأبانه، فهو
خطأ. [العناية ١٤٨/٩] موضعاً آخر: بأن أصاب عنقه. [البنية ٧٤/١٣] حكم الخطأ إلخ: لكنه دون
الخطأ حقيقة، فإنه ليس من أهل القصد أصلاً، وإنما وجبت الكفارة لترك التحرز عن نومه في موضع يتوهم
أن يصير قاتلاً، والكفارة في قتل الخطأ إنما تجب لترك التحرز أيضاً، وحرمان الميراث لمباشرته القتل،
ويتوهم أن يكون متناوماً، ولم يكن نائماً قصداً منه إلى استعجال الإرث. [الكفاية ١٤٨/٩]

وأما القتل بسبب، كحافر البئر، وواضع الحجر في غير ملكه: وموجبُه إذا تلف فيه ^{القتل بسبب}
 آدمي الدية على العاقلة؛ لأنه سبب التلف، وهو متعدُّ فيه، فأنزل موقعاً دافعاً، فوجبت ^{الحافر والواضع}
 الدية. ولا كفارة فيه، ولا يتعلق به حرمان الميراث، وقال الشافعي ^{يعني في البئر يعني في الحجر} ^{لعدم الإثم هنا} ^{يلحق بالقتل بالسبب}: يلحق بالخطأ في أحكامه؛ لأن الشرع أنزله قاتلاً. ولنا: أن القتل معدومٌ منه حقيقةً فألحق به في حق الضمان، فبقي في حق غيره على الأصل، وهو إن كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا، وهذه كفارة ذنب القتل، وكذا الحرمان بسببه. وما يكون شبه عمد في النفس، فهو عمدٌ فيما سواها؛ لأن إتلاف النفس ^{بموت الرجل} ^{كفارة القتل} ^{فيوجب القصاص} ^{يختلف باختلاف الآلة، وما دونها لا يختص بإتلافه بآلة دون آلة، والله أعلم.}

أنزله قاتلاً: يعني في الضمان فكان كالمباشرة، فعندهم المسبب كالمباشرة. (البنية) معدوم منه: لأن مباشرة القتل باتصال فعل من القاتل بالمقتول ولم يوجد، وإنما اتصل فعله بالأرض. (الكفاية) فألحق به إلخ: أي التسيب بالمباشرة في إيجاب الضمان صيانة للدم عن الهدر. (الكفاية) حق غيره: أي في حق الكفارة وحرمان الميراث. [الكفاية ١٤٨/٩] فهو عمد إلخ: يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد، أو خطأ. (العناية) يختلف [فإن إتلاف النفس لا يقصد إلا بالسلاح أو ما جرى مجراه. (العناية ١٤٨/٩)] إلخ: وذلك لأن القتل إزهاق الروح، وهي غير محسوسة لقصد أخذها، فيستدل عليه بالآلة، فيختلف باختلاف الآلة، فأما دون النفس، فإتلافه بالجرح، وهو فعل محسوس، فلا يحتاج في تحقيقه إلى الاستدلال بالآلة، فلا يختلف باختلاف الآلة. [الكفاية ١٤٨/٩] لا يختص بإتلافه: ألا ترى أن فقء العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة. [العناية ١٤٨/٩]

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال: القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأييد إذا قُتل عمداً، أما العمدية؛ فلما بيناه. وأما حقنُ الدم على التأييد؛ فليستفي شبهة الإباحة، وتحقق المساواة. قال: ويُقتل الحرُّ بالحرِّ، والحرُّ بالعبد؛ للعمومات. وقال الشافعي رحمته الله: لا يقتل الحرُّ بالعبد؛ لقوله تعالى: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾، ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يُقتل حرٌّ بعبد،

باب ما يوجب إلخ: لما فرغ من بيان أقسام القتل، وكان من جملة العمد، وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج إلى تفصيل ذلك في باب على حدة. (العناية) بيناه: أي من الكتاب والسنة والمعقول. [الكفاية ١٤٩/٩] في أوائل كتاب الجنائيات من قوله عليه السلام: "العمد قود"، وأن الجناية شامل بها. [البنية ٧٦/١٣] على التأييد: احتراز عن المستأمن، فإن في دمه شبهة الإباحة بالعود إلى دار الحرب المزية للمساواة المنبئ عنها القصاص. [العناية ١٤٩/٩]

فلتستفي إلخ: لأن عدم التأييد يورث شبهة الإباحة كما في الحربي المستأمن، ولا يقال: بأن من أسلم في دار الحرب، فقد صار محقون الدم على التأييد، ومع هذا لا يقتص من قاتله؛ لأن كمال الحقن لم يوجد في حقه؛ لأن كماله بالعصمة المقومة والمؤتمة، وبالإسلام حصلت له المؤتمة دون المقومة؛ إذ المقومة تحصل بدار الإسلام. [الكفاية ١٤٩/٩] وتحقق المساواة: يعني يجب أن يكون الذي قتل أولاً محقون الدم على التأييد، حتى يقتل بمقابلته القاتل الذي هو محقون الدم على التأييد؛ ليتحقق المساواة.

للعومات: يريد به مثل قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾، وقوله: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلَاهُ سُلْطَانًا﴾، وقوله: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسُ بِالنَّفْسِ﴾، وقوله عليه السلام: "القود العمد".

أن لا يقتل إلخ: لأن قوله: الحرُّ بالحرِّ وقع تفسيراً لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾، والمعتبر هو التفسير، ولأن هذا يقتضي مقابلة جنس الأحرار بجنس الأحرار في حكم القصاص، فمن قال: بقتل الحر بالعبد لا يكون جنس الأحرار مقابلاً بجنس الأحرار قصاصاً، بل يكون بعضهم مقابلاً ببعض. [الكفاية ١٤٩/٩]

ولأن مبنى القصاص على المساواة، وهي منتفية بين المالك والمملوك، ولهذا لا يُقَطَّع
 طَرَفُ الحرِّ بطرفه، بخلاف العبد بالعبد؛ لأنهما يستويان، وبخلاف العبد حيث يقتل
 بالحرِّ؛ لأنه تفاوتٌ إلى نقصان. ولنا: أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة، وهي
 بالدين أو بالدار، ويستويان فيهما، وجريان القصاص بين العبدین يؤذن بانتفاء
 شبهة الإباحة، والنص تخصيصٌ بالذكر، فلا ينفي ما عداه. قال: والمسلم بالذمي،
 خلافاً للشافعي رحمه الله، له: قوله عليه السلام: لا يُقتل مؤمنٌ بكافرٍ،*

ولأن مبنى إلخ: يعني أن القصاص يعتمد المساواة، ولا مساواة بين الحر والعبد؛ لأن العبد مملوك، والحر
 مالك، والمالكية أمانة القدرة، والمملوكية سمة العجز، ولا مساواة بين القادر والعاجز. [الكفاية ١٤٩/٩]
 لا يقطع إلخ: أي لا يقطع طرف الحر بطرف العبد مع أن حرمة الطرف دون حرمة النفس، والأطراف
 تابعة للنفس، فلأن لا يقتل الحر بالعبد مع عظم حرمة النفس أولى. (الكفاية) حيث يقتل: [بدلالة قوله:
 الحر بالحر؛ لأنه لما اقتصر الكامل بالكامل يقتصر القاصر بالكامل بالطريق الأولى] أي العبد يقتل بالحر؛
 لأن ذلك إنما ثبت بدلالة نص قوله تعالى: ﴿وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾، فإن العبد إذا قتل بالعبد، فأولى أن يقتل
 بالحر؛ لأن الحر أقوى حالاً، وأعلى رتبة من العبد. [الكفاية ١٤٩/٩-١٥٠]

العصمة: أي لا غير، ولهذا يقتل العاقل بالجنون والعالم بالجاهل. بالدين: يعني عند الشافعي رحمه الله. (البنية)
 ويستويان: فيجري القصاص بينهما. (العناية) والنص [جواب عما استدل به من المقابلة في الآية]. (العناية)
 تخصيص إلخ: يعني أنه ليس في مقابلة الحر بالحر نفي مقابلة الحر بالعبد؛ لأن فيه ذكر بعض ما يشتمله
 العموم على موافقة حكمه، فلا يوجب تخصيص ما بقي. [الكفاية ١٥٠/٩] فلا ينفي إلخ: ولم يذكر
 الجواب عن الأطراف، وقد أجيبت: بأن القصاص في الأطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان، فإنه لا تقطع
 اليد الصحيحة بالشلاء، ولا مساواة بينهما في ذلك؛ لأن الرق ثابت في أجزاء الجسم، بخلاف النفس،
 فإن القصاص فيها يعتمدها في العصمة، وقد تساوى فيها على ما مر. [العناية ١٥٠/٩]

* أخرجه البخاري في كتاب العلم، وفي موضعين في الديات عن أبي جحيفة رحمه الله، وأخرج أبو داود
 والنسائي عن قيس بن عباد. [نصب الراية ٣٣٤/٤] أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي جحيفة رحمه الله =

ولأنه لا مساواة بينهما وقت الجناية، وكذا الكفر مبيح، فيورث الشبهة. ولنا: ما روي أن النبي ﷺ: "قَتَلَ مُسْلِمًا بِذِمِّي"، * ولأن المساواة في العصمة ثابتة نظراً إلى التكليف أو الدار، والمبيح كفر المحارب دون المسالم، والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة،
الذمي

ولأنه لا مساواة إلخ: يعني أن القصاص يعتمد المساواة في وقت الجناية، ولا مساواة بينهما فيه، وإنما قيد بوقت الجناية؛ لأن القاتل إذا كان ذمياً وقت القتل ثم أسلم، فإنه يقتص منه بالإجماع. [العناية ١٥٠/٩-١٥١] الكفر مبيح: أي لدمه؛ لقوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ﴾ أي فتنة الكفر. (العناية) الشبهة: أي شبهة عدم المساواة. [العناية ١٥١/٩-١٥٢]

ولأن المساواة [أي بين المسلم والذمي. (البنية ١٨٠/١٣)] إلخ: يعني ولأن القصاص يعتمد المساواة في العصمة، وهي ثابتة نظراً إلى التكليف يعني عنده، أو الدار يعني عندنا. (العناية) والمبيح إلخ: جواب عن قوله: وكذا الكفر مبيح، وتقريره: أنا لا نسلم أن مطلق الكفر مبيح، بل المبيح كفر المحارب، قال الله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ﴾ إلى قوله: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾. [العناية ١٥٢/٩] والقتل بمثله إلخ: [هذا دفع لقول الشافعي رحمه الله: "فيورث الشبهة". (البنية ٨١/١٣)] أي قتل الذمي بالذمي دليل على أن كفر الذمي لا يورث شبهة إباحة القتل؛ إذ لو أورث شبهة لما جرى القصاص بين الذميين كما لا يجري بين الحريين. [الكفاية ١٥٢/٩]

- قال: قلت لعلي رحمه الله: هل عندكم شيء من الوحي إلا ما في كتاب الله قال: "لا، والذي فلق الحبة وبرأ النسمة، ما أعلمه إلا فهماً يعطيه الله رجلاً في القرآن، وما في هذه الصحيفة، قلت: وما في هذه الصحيفة، قال: العقل، وفكاك الأسير، وأن لا يقتل مسلم بكافر. [رقم: ٣٠٤٧، باب فكاك الأسير]

* روي مسنداً ومرسلاً. [نصب الراية ٣٣٥/٤] أخرجه الدارقطني في "سننه" عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قتل مسلماً بمعاهد، وقال: أنا أكرم من وفي بدمته، وقال: لم يسنده غير إبراهيم بن أبي يحيى وهو متروك الحديث، والصواب عن ربيعة عن ابن البيلمي مرسل عن النبي ﷺ، وابن البيلمي ضعيف لا تقوم به حجة إذا وصل الحديث فكيف بما يرسله. [رقم: ٣٢٣٢، كتاب الحدود والديات] قلت: ابن البيلمي وثقه ابن حبان، وذكره في الثقات، وهو رجل معروف من التابعين، فإذا كان كذلك يكون حديثاً صحيحاً، والمرسل حجة عندنا، ومالك وأحمد. وأكثر العلماء، حتى قال محمد بن جرير الطبري: أجمع التابعون على قبول المرسل. [البنية ٨٠/١٣]

والمراد بما روى الحربي^{الحديث} لسياقه، ولا ذو عهد في عهده، والعطف للمغايرة. قال:
ولا يقتل المستأمن؛ لأنه غير محقون الدم على التأيد، وكذلك كفره باعث^{المسلم} على
الحراب؛ لأنه على قصد الرجوع، ولا يقتل الذمي^{إلى داره} بالمستأمن؛ لما بينا. ويقتل المستأمن^{كفر المحارب}
بالمستأمن؛ قياساً للمساواة، ولا يقتل استحساناً؛ لقيام المبيع، ويُقتل الرجلُ بالمرأة
والكبيرُ بالصغير، والصحيح بالأعمى والزمن، وبناقص الأطراف، وبالجنون؛ للعمومات،
ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص، وظهور التقاتل والتفاني.
قال: ولا يقتل الرجلُ بابنه؛ لقوله عليه السلام: "لا يقاد الوالدُ بولده"،
القُدوري

والمراد بما روى [هذا جواب عما استدل به الشافعي رحمه الله من حديث علي رضي الله عنه (البنية ٨١/١٣)] إلخ:
أي قوله عليه السلام: "لا يقتل المؤمن بكافر" المراد منه الكافر الحربي المستأمن، بدليل قوله: ولا ذو عهد في
عهده، وهذا معطوف على المسلم، أي ولا يقتل ذو عهد بكافر، وإنما لا يقتل ذو العهد بالكافر الحربي،
فلو كان المراد به الذمي لما صح عدم جريان القصاص بين الذميين. [الكفاية ١٥٢/٩]
للمغايرة: لأن المعطوف غير المعطوف عليه. [البنية ٨١/١٣] لما بينا: أنه ليس بمحقون الدم على التأيد. (العناية)
والزمن: هو من طال مرضه زماناً. ولأن في اعتبار إلخ: يصلح لجميع ما خالفنا فيه الشافعي رحمه الله. (العناية)
بابنه: وإذا زنى ببيته، وهو محصن، فإنه يرحم؛ لأن الرجم حق الله تعالى على الخلوص، بخلاف القصاص.
لقوله عليه السلام: لا يقاد إلخ: خص به عموم الكتاب؛ لأن الكتاب مخصوص بالإجماع، فإن المولى لا يقتص
بعده، ولا بعبد ولده، فيخص به أيضاً، وذكر الإمام البزدوي رحمه الله أن هذا حديث مشهور تلقته الأمة
بالقبول، فيصلح مخصصاً أو ناسخاً لحكم الكتاب. [الكفاية ١٥٤/٩]

* روي من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ومن حديث ابن عباس، ومن حديث سراقه بن مالك، ومن
حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنه. [نصب الراية ٣٣٩/٤] أخرجه البيهقي في "سننه" عن
محمد بن عجلان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه
فذكر قصة، وقال: لولا أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "لا يقاد الأب من ابنه لقتلتك هلم ديتة فأتاه بها
فدفعها إلى ورثته وترك أباه" قال البيهقي: وهذا إسناد صحيح. [٣٨/٨، باب الرجل يقتل ابنه]

وهو بإطلاقه حجة على مالك رحمته الله في قوله: يقاد إذا ذبحه ذبحاً، ولأنه سبب لإحيائه،
 فمن المحال أن يستحق له إفناؤه، ولهذا لا يجوز له قتله، وإن وجدته في صف الأعداء
 مقاتلاً أو زانياً، وهو محصن، والقصاص يستحقه المقتول، ثم يخلفه وارثه، والجدة من قبل
 الرجال أو النساء، وإن علا في هذا بمنزلة الأب، وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو
 الأم قرِبت أم بعدت؛ لما بينا، ويقتل الولد بالوالد؛ لعدم المسقط. قال: ولا يُقتل الرجل
 بعبد، ولا مدبره ولا مكاتبه، ولا بعبد ولده؛ لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه
 القصاص، ولا ولده عليه، وكذا لا يقتل بعبد مملوك بعضه؛ لأن القصاص لا يتجزأ.
 قال: ومن ورث قصاصاً على أبيه: سقط؛ لحرمة الأبوة، قال: ولا يُستوفي القصاص إلا
 بالسيف، وقال الشافعي رحمته الله: يُفعل به مثل ما فعل إن كان فعلاً مشروعاً،

إذا ذبحه ذبحاً: لانتفاء شبهة الخطأ من كل وجه، بخلاف ما إذا رماه بسيف أو سكين، فإن فيه توهم التأديب؛
 لأن شفقة الأبوة تمنعه عن ذلك، فمكنت فيه نوع شبهة. [الغنية ١٥٥/٩] والقصاص إلخ: هذا جواب عما
 يقال: لو استوفي القصاص منه لا يكون استيفاء من الولد، فإن استيفاء القصاص يمنع من وارث الوالد،
 وتقدير الجواب أن القصاص يستحقه المقتول أولاً، ولهذا لو عفي يصح. [البنية ٨٤/٩]
 لما بينا: إشارة إلى قوله: لأنه سبب لإحيائه. (الغنية) المسقط: أي مسقط القصاص، وهو قيام الواجب
 وهو سبب الإحياء. [البنية ٨٤/٩] ولا ولده: معطوف على الضمير المستكن في يستوجب، وجاز ذلك
 بلا تأكيد، بمنفصل لوقوع الفصل يعني ولا يستوجب ولده على أبيه إذا قتل الأب عبد ولده. [الغنية ١٥٦/٩]
 لا يتجزأ: فيضمن لشريكه قيمته وما يخصه من العبد. [البنية ١٨٥/١٣]
 ورث قصاصاً إلخ: بأن قتل الأب أم ابنه مثلاً، وورث الابن قصاص أمه على أبيه. [الكفاية ١٥٦/٩]
 ولا يستوفي إلخ: يعني إذا وجد القتل الموجب للقتل لا يستوفي إلا بالسيف. (الكفاية) فعلاً مشروعاً: كما إذا
 قطع يد إنسان عمداً، فمات منه يقطع يد القاتل، ويعمل مثل تلك المدة، فإن مات، وإلا يجر رقبته، وإن حصل
 القتل بطريق غير مشروع بأن سقاه خمرًا حتى قتله، أو وطئ صغيراً، أو لاط بصبي، فمات من ذلك. اختلف
 أصحاب الشافعي رحمته الله فيه، قال بعضهم: يجر رقبته، ويفعل به مثل ما فعل، وقال بعضهم: يتخذ آلة من خشب
 مثل آلة الرجل، فيفعل به مثل ما فعل، وفي الخمر يوجر الماء حتى يموت تحقيقاً للمساواة. [الكفاية ١٥٦/٩]

فإن مات، وإلا تُحَزَّر رقبته؛ لأن مبنى القصاص على المساواة. ولنا: قوله عليه السلام:
 "لا قَوْدَ إِلَّا بالسيف"،* والمراد به السلاح، ولأن فيما ذهب إليه استيفاء الزيادة
 لولم يحصل المقصودُ بمثل ما فعل فيحزَّر، فيجب التحزُّرُ عنه كما في كسر العظم.
 قال: وإذا قُتِلَ المكاتبُ عمداً، وليس له وارثٌ إلا المولى، وترك وفاءً: فله
 القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما، وقال محمد رحمته: لا أرى في هذا
 قصاصاً؛ لأنه اشتبه سبب الاستيفاء، فإنه الولاءُ إن مات حراً، والمملك إن مات
 عبداً، وصار كمن قال لغيره: بعني هذه الجارية بكذا، وقال المولى: زوّجتها
 منك لا يحلّ له وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا. ولهما: أن حق الاستيفاء
 للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم، والحكم متحد، واختلاف السبب
 لا يفضي إلى المنازعة، ولا إلى اختلاف حكم،

مات: بذلك الفعل المشروع. بالسيف: أي لا قود يستوفى إلا بالسيف. (الكفاية) السلاح: هكذا فهمت
 الصحابة رضي الله عنهم. (الكفاية) فيما ذهب إلخ: دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله: لأن مبنى القصاص على
 المساواة، ووجهه: لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب إليه؛ لأن فيه الزيادة إلخ. [العناية ١٥٦/٩]
 كسر العظم: أي عمداً، فإنه لا يجب القصاص أصلاً إلا في السن؛ لتوهم الزيادة فلأن يسقط البعض منه
 أولى. [الكفاية ١٥٧/٩] التقديرين: أي على تقدير أن يموت حراً، وعلى تقدير أن يموت عبداً. (البناءة)
 متحد: وهو استيفاء القصاص. [الكفاية ١٥٧/٩]

* روي من حديث أبي بكرة، ومن حديث النعمان بن بشير، ومن حديث ابن مسعود، ومن حديث أبي هريرة،
 ومن حديث علي رضي الله عنه. (نصب الراية) أخرجه ابن ماجه في "سننه" عن الحر بن مالك عن المبارك بن فضالة
 عن الحسن عن أبي بكرة عن النبي صلّى الله عليه وآله قال: "لا قود إلا بالسيف". [رقم: ٢٦٦٨، باب لا قود إلا بالسيف]
 ورواه البزار في "مسنده"، وقال: لا نعلم أحداً أسنده بأحسن من هذا الإسناد. [نصب الراية ٣٤١ / ٤]

فلا يبالى به، بخلاف تلك المسألة؛ لأن حكم ملك اليمين يغير حكم النكاح. ولو باختلاف السبب مسألة الجارية
ترك وفاء، وله وارث غير المولى: فلا قصاص، وإن اجتمعوا مع المولى؛ لأنه اشتبه من في الدعوى
له الحق؛ لأنه المولى إن مات عبداً، والوارث إن مات حراً، إذ ظهر الاختلاف بين حق الاستيفاء
الصحابه عليهم السلام في موته على نعت الحرية أو الرق، بخلاف الأولى؛ لأن المولى متعين فيها. وإن لم يترك وفاءً، وله ورثة أحرار: وجب القصاص للمولى في قولهم جميعاً؛ لأنه مات عبداً بلا ريب؛ لانفساخ الكتابة، بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاءً؛ بالموت عاجزاً
لأن العتق في البعض لا يفسخ بالعجز. وإذا قتل عبد الرهن في يد المرهن لم يجب بموته عاجزاً
القصاص حتى يجتمع الرهن والمرهن؛ لأن المرهن لا ملك له، فلا يليه، والراهن لو تولاه لبطل حق المرهن في الدين، فيشترط اجتماعهما؛ ليسقط حق المرهن برضاه.

فلا يبالى به: كما إذا قال المقر: لك علي ألف من ثمن بيع، وقال المقر له: لا، بل قرض يجب الألف على المقر. (الكفاية) حكم النكاح: لأن حكم ملك اليمين كون الرقبة مملوكة، وحل الاستمتاع تبع، والتبع بمنزلة المعدوم، والنكاح يثبت الحل مقصوداً، فلم يكن الاتفاق فيما هو المقصود، والحكم بالحل من غير تعيين السبب يفضي إلى المنازعة؛ لأن الحل بملك اليمين يستلزم غرامة الثمن، والحل بالنكاح يستلزم غرامة المهر، ولا كذلك هنا؛ لأن استيفاء القصاص على التقديرين واحد. [الكفاية ١٥٧/٩ - ١٥٨]
ظهر الاختلاف إجماعاً: فإن على قول علي وعبد الله بن مسعود عليهما السلام: يموت حراً إذا أدت كتابته، فيكون استيفاء القصاص لورثته، وعلى قول زيد بن ثابت رضي الله عنه: يموت عبداً، واستيفاء القصاص للمولى. (الكفاية) الأولى: أي فيما ليس له وارث إلا المولى. بخلاف معتق [يعني لا يجب القصاص؛ لأن ملك المولى لا يعود بموته. (العناية ١٥٨/٩)] البعض: يعني إذا مات عاجزاً ذكر في "المنتقى" عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا قصاص؛ لأن بعجز المكاتب يفسخ الكتابة، وموت المعتق لا يوجب انفساخ عتقه، فلم يثبت الملك للمولى في الكل بموته عاجزاً. [الكفاية ١٥٨/٩ - ١٥٩]

قال: وإذا قتل ولي المعتوه: فلائيه أن يقتل؛ لأنه من الولاية على النفس، شرع لأمر راجع إليها، وهو تشفي الصدر، فإليه كالإنكاح. وله أن يصلح؛ لأنه أنظر في حق المعتوه، وليس له أن يعفو؛ لأن فيه إبطال حقه، وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمداً؛ لما ذكرنا. والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك إلا أنه لا يقتل؛ لأنه ليس له ولاية على نفسه، وهذا من قبيله، ويندرج تحت هذا الإطلاق: الصلح عن النفس، واستيفاء القصاص في الطرف، فإنه لم يستثن إلا القتل، وفي كتاب الصلح: أن الوصي لا يملك الصلح؛ لأنه تصرف في النفس بالاعتياض عنه، فينزل منزلة الاستيفاء. ووجه المذكور ههنا: أن المقصود من الصلح المال، وأنه يجب بعقده كما استيفاء القصاص "الجامع الصغير" المال "الوصي" يجب بعقد الأب، بخلاف القصاص؛ لأن المقصود التشفي،

قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية) ولي المعتوه [هو من اختلط عقله] إلخ: إذا قتل ابن المعتوه، فلا لب المعتوه، وهو جد المقتول ولاية استيفاء القصاص، وولاية الصلح. [الكفاية ١٥٩/٩-١٦٠] النفس: أي نفس من له القصاص. كالإنكاح: ولكن كل من ملك الإنكاح لا يملك استيفاء القصاص، فإن الأخ يملك الإنكاح، ولا يملك استيفاء القصاص؛ وذلك لأن القصاص شرع لتشفي الصدر، وللب شفقة كاملة يعد ضرر الولد نفسه، فلذلك جعل التشفي للأب كالحاصل للابن، بخلاف الأخ. [الكفاية ١٦٠/٩] أن يصلح: لكن هذا فيما إذا صالح على قدر الدية، أما إذا صالح على أقل من الدية لم يجز الخط وإن قل، ويجب كمال الدية. (الكفاية) لما ذكرنا: أراد به قوله: لأنه من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها، وهو تشفي الصدر. (الكفاية) وهذا من قبيله: أي استيفاء القصاص من قبيل الولاية على النفس. [الكفاية ١٦٠/٩] هذا الإطلاق: يريد قوله: والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك. [العناية ١٦٠/٩] فإنه لم يستثن إلخ: أي فإن عمداً ﷺ لم يستثن إلا القتل، والمسألة المذكورة في "الجامع الصغير" كما ذكرنا. [البنية ٩١/١٣] لا يملك الصلح: أي عن النفس على المال، أما يملك الوصي الصلح عما دون النفس على المال؛ لأنه يملك استيفاءه، فيملك صلحه على المال. [الكفاية ١٦١/٩]

وهو مختص بالأب، ولا يملك العفو؛ لأن الأب لا يملكه؛ لما فيه من الإبطال فهو أولى، وقالوا: القياس أن لا يملك الوصي^{المشايخ} الاستيفاء في الطرف، كما لا يملكه في النفس؛ لأن المقصود متحد، وهو التشفي، وفي الاستحسان: يملكه؛ لأن الأطراف^{الاستيفاء في الطرف} يسلك بها مسلك الأموال، فإنها خلقت وقايةً للأنفس كالمال على ما عرف، فكان استيفاءه بمنزلة التصرف في المال، والصبي بمنزلة المعتوه في هذا، والقاضي^{الوصي} بمنزلة الأب في الصحيح، ألا ترى أن من قُتلَ ولا ولي له يستوفيه السلطان، والقاضي بمنزلته فيه. قال: ومن قُتلَ وله أولياء صغاراً وكباراً: فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة رحمته الله. وقالوا: ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار؛ لأن القصاص^{السلطان} مشترك بينهم، ولا يمكن استيفاء البعض؛ لعدم التجزي، وفي استيفائهم الكل إبطال^{كل القصاص} حق الصغار فيؤخر إلى إدراكهم، كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب، أو كان بين المولين. وله: أنه حق لا يتجزأ لثبوتيه بسبب لا يتجزأ وهو القرابة،^{أبي حنيفة حق القصاص}

من الإبطال: أي إبطال حق المعتوه من القصاص والمال. (الكفاية) بمنزلة [أي للأب أن يستوفي القصاص الواجب للصغير في النفس أو ما دونها] المعتوه: أي إذا قتل قريب الصغير، فلا ييه أن يقتص، وله أن يصالح، وليس للوصي أن يقتص، وذكر الإمام الترمذاني: ولو قتل عبد اليتيم لم يكن للوصي أن يقتص، ولو كان الأب حياً له أن يقتص، وله أن يصالح. [الكفاية ١٦١/٩ - ١٦٢] في هذا: أي في القتل والصالح، وعدم جواز المعتوه. (البنية) قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". (البنية) صغار وكبار: بأن كان للمقتول أخوان: أحدهما صغير، والآخر كبير. (الكفاية) لعدم التجزي: لأنه تصرف في الروح، وإذا لا يقبل الوصف بالتجزي. [الكفاية ١٦٢/٩] بين المولين: صورته: معتق رجلين قتل أحد موليه غائب، فليس للحاضر استيفاء القصاص حتى يحضر الغائب، وفي "المبسوط": صورته: عبد مشترك بين الصغير والكبير، فقتل، ليس للكبير استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالإجماع. [البنية ٩٤/١٣]

واحتمالُ العفو من الصغير منقطع، فيثبت لكل واحد كمالاً في ولاية الإنكاح، بخلاف الكبيرين؛ لأن احتمال العفو من الغائب ثابت، ومسألة المولين ممنوعة. **قال:** ومن ضرب رجلاً بمرٍّ فقتله، فإن أصابه بالحديد: قُتل به، وإن أصابه بالعود: فعليه الدية، قال ﷺ: وهذا إذا أصابه بحدِّ الحديد لوجود الجرح، فكمل السبب، وإن أصابه بظهر الحديد: فعندهما يجب، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمته الله اعتباراً ولم يخرج القصاص منه للآلة، وهو الحديد، وعنه: إنما يجب إذا جرح، وهو الأصح على ما نبينه إن شاء الله تعالى، وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان، وأما إذا ضربه بالعود، فإنما تجب الدية؛ لوجود قتل النفس المعصومة، وامتناع القصاص، حتى لا يُهدَرَ الدم، ثم قيل: هو بمنزلة العصا الكبيرة، فيكون قتلاً بالثقل،

منقطع: أي في حال استيفاء القصاص؛ لأن الصغير ليس من أهل العفو، وإنما يتوهم عفوهُ بعد بلوغه، وشبهة عفوهُ بتوهم أعراضه لا يمنع استيفاء القصاص، بخلاف الكبيرين، وأحدهما غائب؛ لأن هناك شبهة العفو موجودة؛ لجواز أن يكون الغائب عفاً، والحاضر لا يشعر به، وعفو الغائب صحيح. ولاية الإنكاح: حيث يجوز لأحد أولياء الصغير أن يزوجه؛ لأن لكل واحد منهم ذلك. [البنية ٩٤/١٣]

ثابت: فلو استوفي لكان استيفاء منه مع الشبهة، وذا لا يجوز. ممنوعة: وفي "فوائد مولانا حميد الدين": عبد بين مولين، وأحدهما صغير قتل عمداً، قال بعض مشايخنا: عند أبي حنيفة رحمته الله له ولاية استيفاء القصاص. [الكفاية ١٦٣/٩] قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". [البنية ٩٥/١٣] بمر: في "الدر المختار": المر — بفتح الميم — ما يعمل به في الطين، وقال العيني: المر — بفتح الميم وتشديد الراء — هو خشبة طويلة في رأسها حديدة عريضة من فوقها خشبة عريضة يضع الرجل رجله عليها، ويحفر بها الأرض.

وهو الحديد [لأن الحديد سلاح كله]. (البنية): فإنه معد لذلك في الدنيا والآخرة، قال الله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾، وهو القتل، وقوله تعالى: ﴿وَلَهُمْ مَقَامِعٌ مِنْ حَدِيدٍ﴾. [الكفاية ١٦٣/٩-١٦٤] إذا جرح: لأن بدون الجرح لا يتكامل إفساد الظاهر، فلا يستدعي العقوبة المتناهية.

وفيه خلاف أبي حنيفة رحمته الله على ما نبين، وقيل: هو بمنزلة السوط، وفيه خلاف الشافعي رحمته الله، وهي مسألة الموالاة. له أن الموالاة في الضربات إلى أن مات دليل العمدية، فيتحقق الموجب. ولنا: ما رويناه للشافعي ألا إن قتلَ خطأ العمد*، ويروى: "شبه العمد" الحديث، ولأن فيه شبهة عدم العمدية؛ لأن الموالاة قد تُستعمل للتأديب، أو لعله اعتراه القصد في خلال الضربات، فيعزى أول الفعل عنه، وعساه أصاب عرضه قصد القتل الضرب بغير قصد المقتل، والشبهة دائرة للقود، فوجبت الدية. قال: ومن غرق صبيًا، أو بالغًا في البحر: فلا قصاص عند أبي حنيفة رحمته الله. وقالوا: يقتص منه، وهو قول الشافعي رحمته الله، غير أن عندهما يستوفي حزاً، وعنده يغرق كما بيناه من قبل، لهم: قوله عليه السلام الشافعي القصاص:

مسألة الموالاة: يعني في الضرب بالعصا الصغيرة أو الحجر الصغير إذا والى الضربات لا يجب القصاص به، وقال الشافعي رحمته الله: يجب إذا والى الضربات على وجه لا تحمله النفس عادة؛ لأنه دلالة القصد إلى القتل، وبه قال مالك وأحمد رحمتهما الله. [البنية ٩٦/١٣] ولنا ما رويناه إخ: ولا يقال: إنه محمول على عدم الموالاة؛ لأننا نقول: بأن إجراءه على إطلاقه أولى؛ إذ فيه درء القصاص، وهو مندوب إليه. [الكفاية ١٦٤/٩] وعساه أصاب المقتل: أي لعل أول الفعل، وهو الضربة أصاب المقتل، فالشبهة إلى القتل، فلا يدل ذلك على العمد. [البنية] قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". [البنية ٩٧/١٣] ومن غرق إخ: ذكر محمد رحمته الله التفريق بالماء مطلقاً، وهو على ثلاثة أوجه: إن كان الماء قليلاً لا يقتل به غالباً لا يجب القصاص بالاتفاق، وإن كان الماء كثيراً إلا أنه يمكنه النجاة بالسباحة، فهو شبه العمد عندنا، وإن كان الماء كثيراً ولا يمكنه النجاة بالسباحة كالبحر، فهذا مسألة الكتاب كذا في بعض الفوائد. [الكفاية ١٦٤/٩]

كما بيناه [في أوائل هذا الباب]: إشارة إلى قوله: يفعل به كما فعل إن كان فعلاً مشروعاً. [الغاية ١٦٤/٩] لهم قوله إخ: أي للشافعي رحمته الله ولهما، لكن للشافعي الاستدلال بالحديث، ولهما الاستدلال بالمعقول، أو للشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص والاستيفاء، ولهما الاستدلال بهذا الحديث في وجوب القصاص، وفي الاستيفاء لم يعمل بهذا الحديث؛ لقوله عليه السلام: "لا قود إلا بالسيف". [الكفاية ١٦٤/٩-١٦٥] * تقدم تخريج هذا الحديث قريباً.

"من غرق غرقناه"، * ولأن الآلة قاتلة، فاستعملها أمانة العمدية؛ ولا مراء في العصمة.
 وله: قوله عليه السلام: ألا إن قتل الخطأ العمد قتل السوط والعصا، وفيه: وفي كل خطأ
 أرش، ** ولأن الآلة غير معدة للقتل، ولا مستعملة فيه؛ لتعذر استعماله، فتمكنت
 شبهة عدم العمدية؛ ولأن القصاص ينشأ عن المماثلة، ومنه يقال: اقتص أثره، ومنه:
 المِقْصَّة للجلَمَيْنِ، ولا تماثل بين الجرح والدق؛ لقصور الثاني عن تخريب الظاهر، وكذا
 لا يتمثلان في حكمة الزجر؛ لأن القتل بالسلاح غالب، وبالمثقل نادر، وما رواه غير
 مرفوع، أو هو محمول على السياسة، وقد أومت إليه إضافته إلى نفسه فيه،
 الحديث أشارت

العصمة: أي عصمة الخل؛ لأن كلامنا فيما إذا كان المقتول محقون الدم على التأييد وقد وجد، فيجب
 القصاص. (البنية) والعصا: وهذا في معناه؛ لأن الماء غير جارح كالسوط والعصا. للجلَمَيْنِ: الجلم الذي يجز به،
 وهما جلمان. [العناية ١٦٥/٩] وبالمثقل نادر: وشرعية الزجر في الغائب لا في النادر، ولهذا شرع الحد في شرب
 الخمر لا في شرب البول. (البنية) رواه: أي الشافعي رحمه الله من قوله: "من غرق غرقناه". [البنية ٩٩/١٣]
 غير مرفوع [أي غير مرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم]. (البنية): فلا يكون حجة عنده؛ لأنه لا يرى العمل بالموقوف.
 وقد أومت إليه: أي إلى الحمل على السياسة إضافة النبي صلى الله عليه وسلم فعل التغريق إلى نفسه، حيث قال: غرقناه،
 ولم يقل: من غرق يغرق. [الكفاية ١٦٥/٩]

* رواه البيهقي في "سننه" عن البراء بن عازب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من عرض عرضنا له، ومن حرق
 حرقناه، ومن غرق غرقناه". [٨/ ٤٣، في الجنائيات] قال صاحب "التنقيح" في هذا الإسناد: من يجهل
 حاله كبشر وغيره. [نصب الراية ٣٤٤/٤]

** غريب بهذا اللفظ، ومعناه ما أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة في "مصنفيهما"، والدارقطني، ثم البيهقي في
 "سننهما". [نصب الراية ٣٤٤/٤] أخرجه عبد الرزاق في "مصنفه" عن النعمان بن بشير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 قال: "كل شيء خطأ إلا السيف، ولكل خطأ أرش". [رقم: ١٧١٨٢، باب عمد السلاح] بالجملة الحديث
 حجة مرسله كان أو مسنداً من أبي بكرة، أو من النعمان بن بشير، أو من كليهما. [إعلاء السنن ٨١/١٨]

وإذا امتنع القصاصُ: وجبت الدية، وهي على العاقلة، وقد ذكرناه، واختلاف الروايتين في الكفارة. قال: ومن جرح رجلاً عمداً، فلم يزل صاحب فراش، حتى مات: ^{القدوري} فعليه القصاص؛ لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر، فأضيف إليه. ^{أي صار} قال: وإذا التقى الصفان من المسلمين والمشركون، فقتل مسلم مسلماً، ظن أنه مشرك: فلا قودَ عليه، وعليه الكفارة؛ لأن هذا أحد نوعي الخطأ على ما بيناه، والخطأ بنوعيه لا يوجب القود، ويوجب الكفارة، وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب. ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان أبي حذيفة رضي الله عنه قضى رسول الله ﷺ بالدية،*

ذكرناه: أي فيما مضى عند ذكر شبه العمدة. (البنية) واختلاف الروايتين: أي عن أبي حذيفة رضي الله عنه إنما كان في الكفارة، فإنه روي عنه أن لا كفارة في شبه العمدة، وروى الطحاوي أن فيه الكفارة عنده، وأما الدية، فإنها واجبة عنده من غير تردد. [العناية ١٦٥/٩] الكفارة: لا في الدية، فإن الدية تجب بلا تردد. (البنية) قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية) الخطأ: وهو الخطأ في القصص. (البنية) بيناه: أي فيما مضى في بيان تقسيم القتل في أول كتاب الجنايات. [البنية ١٠٠/١٣] وكذا الدية: أي وكذا يوجب الدية. (البنية) نص الكتاب: وهو قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾. [الكفاية ١٦٥/٩] ولما اختلفت إلخ: أي تواترت، روي أن سيوف المسلمين تواترت على اليمان أبي حذيفة في بعض الليالي في غزوة الخندق، فقتلوه على ظن أنه مشرك، فقضى رسول الله ﷺ بالدية، فوهبها لهم حذيفة. [العناية ١٦٥/٩] على اليمان: وظنه المسلمون حرياً. [الكفاية ١٦٦/٩]

* روي مرسلًا عن عروة، وعن الزهري، ومسنداً عن محمود بن لبيد، ورافع بن خديج، وحديثه عند الواقدي في "كتاب المغازي" في "غزوة أحد" حدثني ابن أبي سيرة عن إسحاق بن عبد الله بن عمر بن الحكم قال: قال رافع بن خديج: لما انصرف الرماة يوم أحد، فذكره بطوله، وفي آخره: وكان اليمان حسيل بن جابر ورفاعة بن وقش شيخين كبيرين قد رفعوا في الآطام مع النساء، فقال أحدهما للآخر: ما نستبقي من أنفسنا، وما الذي بقي من أجلنا، فلو لحقنا برسول الله ﷺ لعل الله يرزقنا الشهادة، ففعلاً، فأما رفاعة، =

قالوا: إنما تجب الدية إذا كانوا مختلطين، فإن كان في صف المشركين: لا تجب؛ لسقوط المشايخ الكفار والمسلمين الدية
عصمته بتكثير سوادهم، قال عليه السلام: "من كثر سواد قومهم فهو منهم". * قال: ومن شج نفسه، وشجّه رجل، وعقره أسد، وأصابته حية، فمات من ذلك كله، فعلى الأجنبي ثلث الدية؛ لأن فعل الأسد والحية جنس واحد؛ لكونه هدرًا في الدنيا والآخرة، وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يؤثم عليه، وفي "النوادر": أن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يغسل، ويصلى عليه، وعند أبي يوسف رحمه الله: يغسل، ولا يصلى عليه،

فإن كان إلخ: أي فإن لم يكونوا مختلطين، بل كانوا مسلمين في صف المشركين وإن لم يكن قصدهم تقوية الكفار لا تجب الدية. قال: أي محمد رحمه الله في "الجامع الصغير". (البنابة) يغسل ويصلى إلخ: هذا أثر كون فعله غير معتبر؛ لأنه لما كان يغسل ويصلى عليه صار كأنه مات حتف أنفه بمرضه من غير فعله على نفسه عندهما، أما عند أبي يوسف رحمه الله فجنائته على نفسه معتبرة حتى لا يصلى عليه، وصار بمنزلة الباغي، ولو كان فعله هدرًا أصلاً كنهش الحية، ولم يكن جنابة مع كونه مقتولاً حقيقة لكان شهيداً، ويسقط غسله، فلم يكن فعله هدرًا مطلقاً، فكان جنساً آخر، وفعل الأسد والحية هدر في الدنيا والآخرة، وفعل الأجنبي معتبر في الدنيا والآخرة، فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه، فيجب عليه ثلث الدية. [الكفاية ١٦٦/٩] ولا يصلى عليه: لأنه باغ على نفسه. [البنابة ١٠٢/١٣]

= فقتله المشركون، وأما اليمان فاختلفت عليه سيوف المسلمين، وحذيفة يقول: أبي أبي، وهم لا يعرفونه حتى قتلوه، فقال حذيفة: يغفر الله لكم، وهو أرجم الراحمين، فأمر رسول الله ﷺ بديته أن تخرج، فتصدق حذيفة بدمه على المسلمين، فزاده ذلك خيراً عند رسول الله ﷺ ويقال: إن الذي أصابه يومئذ عتبة بن مسعود. مختصر. [نصب الرأية ٣٤٤/٤]

* رواه أبو يعلى الموصلي في "مسنده" حدثنا أبو همام ثنا ابن وهب أخبرني بكر بن مضر عن عمرو بن الحارث أن رجلاً دعا عبد الله بن مسعود إلى وليمة، فلما جاء ليدخل سمع لهواً، فلم يدخل، فقال له: لم رجعت؟ قال: إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: "من كثر سواد قوم فهو منهم، ومن رضي عمل قوم كان شريك من عمل به". [نصب الرأية ٣٤٦/٤]

وفي "شرح السّير الكبير": ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه في "كتاب التجنيس والمزيد"، فلم يكن هدرًا مطلقاً، وكان جنساً آخر، وفعل الأجنبي معتبر في الدنيا والآخرة، فصارت ثلاثة أجناس، فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال، فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه، فيجب عليه ثلث الدية، والله أعلم.

فصل

قال: ومن شهّر على المسلمين سيفاً: فعليهم أن يقتلوه؛ لقوله عليه السلام: "من شهر على المسلمين سيفاً فقد أطلّ دمه"، * ولأنه باغ، فتسقط عصمته بغيه، ولأنه تعين طريقاً لدفع القتل عن نفسه فله قتله. ^{أي أهدر} وقوله: فعليهم، وقول محمد ﷺ في "الجامع الصغير": فحقّ على المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب، والمعنى: وجوب دفع الضرر،

مطلقاً: متعلق بقوله: جنساً هدر في الدنيا معتبر في الآخرة. (العناية) جنساً آخر: من حيث أنه هدر من وجه دون وجه. فصل: لما فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص ألحق بها فصلاً يشتمل على المسائل التي لها عرضية إيجاب القصاص. [العناية ١٦٦/٩] قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية) المسلمين: ليلاً ونهاراً في مصر أو غيره. (الدر المختار) وقوله: قال الكاكي: أي قال صاحب "المختصر"، قلت: إن أراد بالمختصر "مختصر القدوري"، فالقدوري لم يذكر هذه المسألة، وإنما ذكرها في "الجامع الصغير"، والصواب ما ذكره تاج الشريعة ﷺ، أي قول محمد ﷺ في "المبسوط". [البنية ١٠٤/١٣] والمعنى [أي إنما وجب القتل؛ لأن دفع الضرر واجب] إلخ: أي معنى الوجوب دفع الضرر؛ لأن الواجب هو دفع الشر على أي وجه كان لا عين القتل. [العناية ١٦٦/٩]

* غريب بهذا اللفظ. [نصب الراية ٣٤٧/٤] وأخرج النسائي في "سننه" من طريق إسحاق بن راهويه ثنا الفضل بن موسى الشيباني عن معمر عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن الزبير عن رسول الله ﷺ قال: "من شهر سيفه ثم وضعه، فدمه هدر". [رقم: ٤٠٩٧، باب من شهر سيفه ثم وضعه في الناس]

وفي سرقة "الجامع الصغير": وَمَنْ شَهَرَ عَلَى رَجُلٍ سِلَاحاً لَيْلاً أَوْ نَهَاراً، أَوْ شَهَرَ عَلَيْهِ عَصاً لَيْلاً فِي مِصْرَ، أَوْ نَهَاراً فِي طَرِيقٍ فِي غَيْرِ مِصْرَ، فَقَتَلَهُ الْمَشْهُورُ عَلَيْهِ عَمْدًا: فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لَمَّا بَيْنَا؛ وَهَذَا لِأَنَّ السِّلَاحَ لَا يَلْبَثُ، فَيَحْتَاجُ إِلَى دَفْعِهِ بِالْقَتْلِ، وَالْعَصَا الصَّغِيرَةُ وَإِنْ كَانَتْ تَلْبَثُ، وَلَكِنْ فِي اللَّيْلِ لَا يَلْحَقُهُ الْغَوْثُ، فَيَضْطَرُّ إِلَى دَفْعِهِ بِالْقَتْلِ، وَكَذَا فِي النَّهَارِ فِي غَيْرِ الْمِصْرِ فِي الطَّرِيقِ لَا يَلْحَقُهُ الْغَوْثُ، فَإِذَا قَتَلَهُ كَانَ دَمُهُ هَدْرًا، قَالُوا: ^{المشهور عليه} ^{المشهور عليه} فَإِنْ كَانَ عَصَا لَا تَلْبَثُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِثْلَ السِّلَاحِ عِنْدَهُمَا. قَالَ: وَإِنْ شَهَرَ الْجَنْحُونَ عَلَى غَيْرِهِ سِلَاحًا، فَقَتَلَهُ الْمَشْهُورُ عَلَيْهِ عَمْدًا: فَعَلِيهِ الدِّيةُ فِي مَالِهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمته الله: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافُ الصَّبِيُّ وَالْدَّابَّةُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله: أَنَّهُ يَجِبُ الضَّمَانُ فِي الدَّابَّةِ، وَلَا يَجِبُ فِي الصَّبِيِّ وَالْجَنْحُونَ، لِلشَّافِعِيِّ رحمته الله: أَنَّهُ قَتَلَهُ دَافِعًا عَنْ نَفْسِهِ، ^{القيمة} فَيُعْتَبَرُ بِالْبَالِغِ الشَّاهِرِ، وَلَأَنَّهُ يَصِيرُ مَحْمُولًا عَلَى قَتْلِهِ بِفَعْلِهِ، فَأَشْبَهَ الْمَكْرَهَ، ^{العاقل}

وفي سرقة الجامع إلخ: وَإِنَّمَا ذَكَرَ هَذِهِ لِرِيزَادَةِ بَيَانِ فِيهَا مَا لَيْسَ فِي قَوْلِهِ: وَمَنْ شَهَرَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ سِيفًا، فَعَلَيْهِمْ أَنْ يَقْتُلُوهُ، وَهُوَ قَوْلُهُ: فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ هَذِهِ لِفَائِدَةٍ، وَهُوَ: أَنَّ مَنْ الْجَائِزُ أَنْ يَجُوزَ قَتْلُهُ، وَعَلَيْهِ الضَّمَانُ كَمَا فِي قَتْلِ الْجَمَلِ الصَّائِلِ، وَالْأَكْلُ مِنْ مَالِ الْغَيْرِ حَالَةَ الْمُخَمَصَّةِ، فَقَالَ: فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِدَفْعِ هَذَا الْوَهْمِ. (الكفاية) لَمَّا بَيْنَا: إِشَارَةً إِلَى مَا ذَكَرَ مِنَ الْحَدِيثِ وَالْمَعْقُولِ. [الكفاية ١٦٦/٩ - ١٦٧] وهذا: أَيُّ عَدَمِ شَيْءٍ عَلَيْهِ. (البنية) الْغَوْثُ: أَيُّ مَنْ يَخْلُصُهُ مِنْهُ. (البنية) مِثْلُ السِّلَاحِ: إِذَا ضَرَبَهُ بِحَجَرٍ عَظِيمٍ أَوْ بِخَشَبَةٍ عَظِيمَةٍ فَهُوَ عَمْدٌ. (البنية) قَالَ: أَيُّ مُحَمَّدٍ رحمته الله فِي "الجامع الصغير". [البنية ١٣/١٠٥] الصَّبِيُّ وَالْدَّابَّةُ: يَعْنِي إِذَا صَالَ عَلَى إِنْسَانٍ فَقَتَلَهُ الْمَصُولُ عَلَيْهِ عَمْدًا يَضْمَنُ الدِّيةَ وَالْقِيَمَةَ. [العتابة ٩/١٦٧] فَيُعْتَبَرُ: الصَّبِيُّ وَالْجَنْحُونَ وَالْدَّابَّةُ. فَأَشْبَهَ الْمَكْرَهَ: صَوْرَتُهُ: أَنَّ رَجُلًا أَكْرَهَ غَيْرَهُ بِالسِّلَاحِ عَلَى أَنْ يَقْتُلَهُ، وَتَحَقَّقَ عِنْدَ الْمَكْرَهِ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَقْتُلْهُ لَقَتَلَهُ هُوَ فَقَتَلَهُ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَلَا يَقَالُ: بَأَنَّ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ رحمته الله يَجِبُ الْقَصَاصُ عَلَى الْمَكْرَهِ، فَكَيْفَ يَصِحُّ الِاسْتِدْلَالُ؛ لِأَنَّا نَقُولُ: إِنَّمَا يَجِبُ الْقَصَاصُ عِنْدَهُ عَلَى الْمَكْرَهِ إِذَا كَانَ الْمَقْتُولُ غَيْرَ الْمَكْرَهِ، =

ولأبي يوسف رحمته الله: أن فعل الدابة غير معتبر أصلاً، حتى لو تحقق لا يوجب الضمان، أما فعلهما معتبر في الجملة، حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان، وكذا عصمتُهما لحقَّهما، وعصمة الدابة لحقَّ مالِكها، فكان فعلهما مسقطاً للعصمة دون فعل الدابة. ولنا: أنه قتل شخصاً معصوماً، أو أتلف مالا معصوماً حقاً للمالك، وفعل الدابة لا يصلح مسقطاً، وكذا فعلُهما، وإن كانت عصمتُهما حقَّهما؛ لعدم اختيار صحيح، ولهذا لا يجب القصاص بتحقيق الفعل منهما، بخلاف العاقل البالغ؛ لأن له اختياراً صحيحاً، وإنما لا يجب القصاص لوجود المبيع، وهو دفع الشر، فتجب الدية. قال: ومن شهر على غيره سلاحاً في المصر فضربه، ثم قتله الآخر: فعلى القاتل القصاص، معناه: إذا ضربه فانصرف؛ لأنه خرج من أن يكون محارباً بالانصراف، فعادت عصمته. قال: ومن دخل عليه غيره ليلاً،

= فأما إذا أكرهه المكره على قتل المكره، فقتله فلا رواية فيه، ويحتمل أن لا يجب القصاص عنده ههنا؛ لأن المكره أسقط عصمة نفسه بالإكراه، فلا يجب القصاص بقتله، بخلاف ما إذا كان المقتول غير المكره؛ لأن المقتول ثمة معصوم فافترقا. [الكفاية ١٦٧/٩] حققاه: أي الفعل وأتلفا مالا أو نفساً. [البنية ١٠٦/١٣] معصوماً: وهو الصبي والمجنون. مسقطاً: أي للعصمة الثابتة للمالك. (البنية) فعلهما: أي فعل الصبي والمجنون لا يصلح مسقطاً. (البنية) ولهذا: أي ولأجل الاختيار الصحيح منهما. (البنية) بتحقيق الفعل: أي على الشاهر، وهو الصبي والمجنون. (الكفاية) قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". [البنية ١٠٧/١٣] فضربه: أي فضربه الشاهر، فانصرف، ثم قتله المشهور عليه، فعلى القاتل القصاص، هذا إذا ضربه الأول، وكف عن الضرب على وجه لا يريد ضربه ثانياً؛ لأنه لما شهر حل دمه، دفعاً لشره، فلما لم يقتله، وكف عنه اندفع شره، وعادت عصمته، فإذا قتله، فقد قتل شخصاً معصوماً من غير دفع ضرر، فلزمه القصاص. [الكفاية ١٩٧/٩] الآخر: أي المشهور عليه أو غيره. (الدر المختار) قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". (البنية)

وأخرج السرقة فَاتَّبَعَهُ وَقَتْلَهُ: فلا شيء عليه؛ لقوله ﷺ: "قَاتِلُ دُونِ مَالِكَ"، *
 ولأنه يباح له القتلُ دفعاً في الابتداء، فكذا استرداداً في الانتهاء، وتأويل المسألة
 إذا كان لا يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل، والله أعلم.

عليه: أي القاتل المسروق منه. ولأنه: أي ولأن المدخل عليه ليلاً. (البنية) دفعاً في الابتداء: أي دفعاً لشره
 في ابتداء الأمر. [البنية ١٠٨/١٣] الانتهاء: لأنه أسهل من الابتداء. [العناية ١٦٧/٩] لا يتمكن: أما إذا
 أمكنه بطريق آخر كالتهديد والصياح عليه يكون القتل مضموناً. [الكفاية ١٦٧/٩]

* روي من حديث أبي هريرة، ومن حديث المخارق أبي قابوس. [نصب الراية ٣٤٨/٤] أخرجه مسلم في
 "صحيحه" عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله! أرأيت إن جاء
 رجل يريد أخذ مالي؟ قال: "فلا تعطه مالك"، قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: "قاتله"، قال: "فأنت شهيد"،
 قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: "هو في النار". [رقم: ١٤٠، باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير
 حق كان القاصد مهدر الدم في حقه] وروى البخاري في "صحيحه" عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال:
 سمعت النبي ﷺ يقول: "من قتل دون ماله فهو شهيد". [رقم: ٢٤٨٠، باب من قتل دون ماله]

باب القصاص فيما دون النفس

قال: ومن قطع يد غيره عمداً من المِفْصَل: قُطِعَتْ يَدُهُ، وإن كانت يده أكبر ^{القدوري} من اليد المقطوعة؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾، وهو ينبئ عن الماثلة، فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص، وما لا فلا، وقد أمكن في القطع من ^{القصاص} المِفْصَل فاعتُبر، ولا معتبر بكبر اليد وصغرها؛ لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك، وكذلك الرجل، ومارن الأنف، والأذن؛ لإمكان رعاية الماثلة. قال: ومن ضرب ^{رعاية الماثلة} عينَ رجل، فَقَلَعَهَا: لا قصاص عليه؛ لامتناع الماثلة في القلع، وإن كانت قائمة ^{وهو البطش} عَيْنَ رجل، فَقَلَعَهَا: لا قصاص عليه؛ لإمكان الماثلة على ما قال في الكتاب: تُحْمَى له ^{القندوري} المرأة، ويُجْعَل على وجهه قطن رطب، وتقابل عينه بالمرآة، فذهب ضوعها، وهو مأثور

باب: لما فرغ من بيان القصاص في النفس أتبعه بما هو بمنزلة التبع، وهو القصاص في الأطراف. [العناية ١٦٨/٩] والجروح قصاص: أي ذات قصاص في "شرح الأقطع": فاقتضت الآية ثبوت القصاص فيما دون النفس، وفي "الإيضاح": فصار القصاص فيما دون النفس مشروعا بهذه الآية، والماثلة معتبرة من حيث سلامة الأجزاء، ولفظ القصاص ينبئ عن هذا. [الكفاية ١٦٧/٩-١٦٨] وما لا فلا: أي وما لم يكن فيه رعاية الماثلة فلا يجب القصاص. [البنية ١٠٩/١٣] ومارن: وهو ما لان من الأنف، واحترز به عن القصة. (رد المختار) لامتناع الماثلة إلخ: لأنها إذا قلعت فقد تعذر اعتبار الماثلة؛ لأنه ليس له حد معلوم، ومن الجائز أن يكون الثاني زائداً. [الكفاية ١٦٨/٩] تحمي له المرأة: بكسر الميم ومد الهمزة: آلة الرؤية، ورأيت بخط بعض العلماء أن المراد هنا فولاد صيقل يرى به الوجه لا المرأة المعروفة من الزجاج. (رد المختار) ويجعل: ويشد عينه الأخرى. وهو مأثور إلخ: هذه حادثة وقعت في زمان عثمان رضي الله عنه، فسأل الصحابة عنها، فلم يكن عندهم جواب، فحضر علي رضي الله عنه فسأله، فأجاب بهذا، ففضى عثمان بهذا، ولم ينكر أحد من الصحابة رضي الله عنهم، فصار إجماعاً منهم. [الكفاية ١٦٨/٩]

عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم * قال: وفي السنّ القصاص؛ لقوله تعالى: ﴿وَالسِّنُّ بِالسِّنِّ﴾، وإن كان سنٌّ من يُقتَص منه أكبر من سن الآخر؛ لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر. قال: وفي كل شجرة تتحقق فيها المماثلة القصاص؛ لما تلونها. قال: ولا قصاص في عظم إلا في السنّ، وهذا اللفظ مروى عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما * وقال عليّ: "لا قصاص في العظم"، ***

وفي كل شجرة: تختص الشجرة بما يكون بالوجه والرأس لعة، وما يكون بغيرها فجراحة. المماثلة: كما في الموضحة، كما سيحيى في فصل الشجاج. لما تلونها: إشارة إلى قوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾، وفي بعض النسخ: لما ذكرنا، وهو إشارة إلى قوله: ينبئ عن المماثلة (العناية) إلا في السن: فإن كان السن عظماً، فلا استثناء متصل، ولا بد من فرق بينها وبين غيرها من العظام، وهو إمكان القصاص فيها بأن يرد بالمبرد بقدر ما كسر منها، أو إلى أصلها إن قلعها، ولا يقطع؛ لتعذر المماثلة، فرمما تفسد به الثانية كذا في "المبسوط"، وإن كان غير عظم كما أشار إليه قوله عليه السلام: "لا قصاص في عظم" حيث لم يستثن السن، فلا استثناء منقطع. وقد اختلف الأطباء في ذلك، فمنهم من قال: هو طرف عصب يابس؛ لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة، ومنهم من قال: هو عظم، وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم، حتى قال: والمراد منه غير السن. [العناية ١٦٨/٩ - ١٦٩]

* روى عبد الرزاق في "مصنفه" في "كتاب العقول" أخبرنا معمر عن رجل عن الحكم بن عتيبة قال: لطم رجل رجلاً فذهب بصره وعينه قائمة، فأرادوا أن يقيدوه، فأعيا عليهم، وعلى الناس كيف يقيدونه، وجعلوا لا يدرون كيف يصنعون فأتاهم علي، فأمر به، فجعل على وجهه كرسف، ثم استقبل به الشمس، وأدنى من عينه مرآة، فالتع بصره وعينه قائمة. [رقم: ١٧٤١٤، ٣٢٨/٩، باب العين]

** غريب. [نصب الراية ٣٥٠/٤] وروى ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن الشعبي والحسن قالا: ليس في عظم قصاص. [رقم: ٧٣٥٨، ٢٥٨/٩، باب العظام من قال: ليس فيها قصاص]

*** غريب. [نصب الراية ٣٥٠/٤] وروى ابن أبي شيبة في "مصنفه" حدثنا حفص عن حجاج عن عطاء عن عمر رضي الله عنه قال: "إننا لا نقيّد من العظام". [رقم: ٧٣٥٢، ٢٥٧/٩، باب العظام من قال: ليس فيها قصاص] وفي رواية عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: "ليس في العظام قصاص". [رقم: ٧٣٥٣]

والمراد غير السنّ، ولأن اعتبار المماثلة في غير السنّ متعذر؛ لاحتمال الزيادة والنقصان، بخلاف السنّ؛ لأنه يُردّ بالمِبرّد، ولو قُلِعَ من أصله يقطع الثاني، فيتماثلان. قال: وليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ؛ لأن شبه العمد يعود القدوري إلى الآلة، والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس؛ لأنه لا يختلف إتلافه باختلاف الآلة، فلم يبقَ إلا العمد والخطأ. ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس، ولا بين الحرّ والعبد، ولا بين العبدین خلافاً للشافعي رحمته الله في جميع ذلك إلا في الحرّ يقطع طرف العبد، ويعتبر الأطراف بالأنفس؛ لكونها تابعة لها. فيما دون النفس ولنا: أن الأطراف يُسلك بها مسلك الأموال،

والمراد غير السنّ: لقوله تعالى: ﴿وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ﴾ يؤخذ الثنية بالثنية، والناب بالناب، والضرر بالضرر، والأعلى بالأعلى، والأسفل بالأسفل؛ لما في خلاف ذلك من الإخلال بالمماثلة. [الكفاية ١٦٨/٩] يقطع [وقيل: يرد إلى موضع أصل السن] الثاني: ويخالفه ما قال في "الكفاية": إذا قلع السن، فإنه لا يقطع سنه قصاصاً؛ لتعذر اعتبار المماثلة فيه، فرمما يفسد به الثانية، ولكن يرد بالمبرد إلى موضع أصل السن. وليس فيما دون إلخ: قد ذكره مرة، لكنه قد ذكر هناك أنه عمد، وههنا أنه عمد أو خطأ، فيحمل الأول على أن المراد به إن أمكن القصاص؛ وذلك لأن شبه العمد إذا حصل فيما دون النفس، وأمکن القصاص جعل عمداً، روي أن الربيع عمه أنس بن مالك رحمته الله كسرت ثنية جارية من الأنصار بلطمة، فأمر النبي ﷺ بالقصاص واللطمة إذا أتت على النفس لا توجب القود، وإن لم يكن القصاص جعل خطأ، ووجب الأرش. (العناية) والقتل هو الذي إلخ: لأنه عبارة عن إزهاق الروح، وهو غير محسوس، فأقيمت الآلة الصالحة لتفريق الأجزاء مقام الإزهاق، بخلاف الأطراف؛ لأنها محسوسة، فلا حاجة إلى ذلك. للشافعي: فإن عنده يقتصر. الحر: يعني لا يجب القصاص فيه عنده أيضاً. [العناية ١٦٩/٩] لكونها تابعة لها: يعني تابعة للنفس، فكما يجري القصاص بين الرجال والنساء في النفوس، فكذلك في الأطراف؛ لكونها تابعة لها. [العناية ١٦٩/٩] يسلك بها مسلك إلخ: لأن الأطراف خلقت وقاية للأنفس كالمال. (الكفاية)

فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة، وهو معلوم قطعاً بتقويم الشرع، فأمكن اعتباره، بخلاف التفاوت في البطش؛ لأنه لا ضابط له، فاعتبر أصله، وبخلاف الأنفس؛ لأن المتلف إزهاق الروح، ولا تفاوت فيه، ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم والكافر؛ للتساوي بينهما في الأرش. قال: ومن قطع يد رجلٍ من نصف الساعد، أو جرحه جائفةً، فبرأ منها، فلا قصاص عليه؛ لأنه لا يُمكن اعتبار المماثلة فيه؛ إذ الأول كسر العظم ولا ضابط فيه، وكذا البرء نادر، فيفضي الثاني إلى الهلاك ظاهراً. قال: وإذا كانت يدُ المقطوع صحيحةً، ويد القاطع شلاءً، أو ناقصة الأصابع: فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة، ولا شيء له غيرها، وإن شاء أخذ الأرش كاملاً؛ لأن استيفاء الحق كمالاً متعذر،

التماثل بالتفاوت [فإن قيمة الرجل خمس مائة دينار، وقيمة يد المرأة نصفها] إلخ: الأصل في جريان القصاص فيما دون النفس اعتبار المماثلة في الفعل، والمحل المأخوذ بالفعل؛ لأن المماثلة في ضمان العدوان منصوص عليه، فيجب اعتبارها. (الكفاية) بتقويم الشرع إلخ: فإن الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمس مائة دينار قطعاً وبقيناً، ولا يبلغ قيمة العبد إلى ذلك، ولو بلغت إنما يبلغ بالحزر والظن، فلا يكون مساوية ليد الحر يقيناً، فينعدم التماثل. [الكفاية ١٧٠/٩-١٧١]

بخلاف التفاوت: لأن التفاوت بين طرفي المرأة وطرف الرجل ظاهر؛ لأن يد المرأة تصلح لنوع من المنافع لا تصلح ليد الرجل، فصارت كاليمين واليسار. [البنية ١١٣/١٣] جرحه جائفة: الجائفة: هي التي تصل إلى الجوف من الصدر أو الظهر أو البطن، فلا قصاص؛ لانتفاء شرطه، بل يجب ثلث الدية، ولا تكون الجائفة في الرقبة والحلق واليدين والرجلين، ولو في الأثنين والدبر، فهي جائفة اتفاقاً. (رد المحتار)

فلا قصاص عليه: بل يجب حكومة عدل. (البنية) لا يمكن إلخ: لأنه ليس له حد معلوم، ومن الجائز أن يكون الثاني زائداً. [الكفاية ١٧١/٩] ولا ضابط فيه: أي في كسر العظم، وفي بعض النسخ: ولا ضابط في الثاني وهو الجرح الجائفة؛ لأنها تصل إلى البطن من الصدر والظهر. [البنية ١١٤/١٣]

فله أن يتجوز بدون حقه، وله أن يعدل إلى العوض ^{كالثلثي} ^{الأرض} إذا انصرم عن أيدي الناس ^{انقطع} بعد الإتلاف، ثم إذا استوفاهما ناقصاً، فقد رضي به، فيسقط حقه كما إذا رضي بالردىء مكان الجيد. ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المحي عليه، أو قطعت ظلماً: ^{اليد الشلاء} فلا شيء له عندنا؛ لأن حقه متعين في القصاص، وإنما ينتقل إلى المال باختياره، فيسقط ^{القصاص} بفواته، بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقة حيث يجب عليه الأرض؛ ^{من آخر} لأنه أوفي به حقاً مستحقاً، فصارت سالمة له معنى. قال: ومن شج رجلاً، فاستوعبت ^{يده المعيبة} الشجة ما بين قرنيه، وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج: فالمشجوج بالخيار، إن شاء ^{لصغر رأسه} اقتص بمقدار شجته يتدئ من أي الجانبين شاء، وإن شاء أخذ الأرض؛ لأن الشجة ^{لكبر رأسه} موجبة؛ لكونها مشينة فقط، فيزداد الشين بزيادتها، وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة ^{للقصاص} على ما فعل، ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج ^{الشاج} ^{الشاج} فينتقص،

بدون حقه: أي بما هو دون حقه، وهو قطع اليد الشلاء. كالثلثي إلخ: يعني لم يبق منه إلا ناقص الصفة كان المالك بالخيار، إن شاء أخذه ناقصاً، وإن شاء عدل إلى القيمة كذا هنا، فيسقط حقه كما إذا رضي بالردىء مكان الجيد. (الكفاية) الإتلاف: أي أتلف المثلثي ثم انصرم هو. فقد رضي به: يعني أنه رضي باستيفاء الحق ناقصاً، والفائت كالوصف، والوصف منفرد عن الأصل غير مضمون، فسقط حقه في الوصف. [الكفاية ١٧١/٩] عندنا: وعند الشافعي ^{عليه السلام} له الأرض؛ لأن عنده المال ضمان أصلي كالقود، فإذا تعذر استيفاء القود تعين الآخر. (الكفاية) القصاص: فإنه لو زال الشلل قبل أن يستوفي الأرض لم يكن له إلا القصاص. [العناية ١٧١/٩] بفواته: لأن ما تعلق به حقه قد هلك، فيسقط بفواته، وصار كالصحيحة إذا تلفت. [البنية ١١٥/١٣] لا تستوعب إلخ: لكون رأس الشاج أكبر من رأس المشجوج، فإذا شج ما بين قرني الشاج مقدار شجته، يبقى قطعة مما بين قرنيه لا شجة فيه. [الكفاية ١٧٢/٩] باستيفائه: المشجوج، أي إن اقتص بمقدار شجته. فينتقص: يعني ينتقص حق المشجوج إذا لم يستوعب الشجة ما بين قرني الشاج إذا كان رأسه صغيراً. (البنية)

فيخير كما في الشلاء والصحيحة، وفي عكسه: يخير أيضاً؛ لأنه يتعذر الاستيفاء
 كَمَلًا للتعدّي إلى غير حقه، وكذا إذا كانت الشجة في طول الرأس،
 المشجوج المشجوج بالخيار
 وهي تأخذ من جبهته إلى قفاه، ولا تبلغ إلى قفا الشاج، فهو بالخيار؛ لأن المعنى
 الشاجة الشجة الوجه
 لا يختلف. قال: ولا قصاص في اللسان، ولا في الذكر، وعن أبي يوسف رحمته الله:
 أنه إذا قُطِعَ من أصله يجب؛ لأنه يمكن اعتبار المساواة. ولنا: أنه ينقبض
 اللسان أو الذكر القصاص اللسان أو الذكر
 وينبسط، فلا يمكن اعتبار المساواة، إلا أن تُقَطَّع الحشفة؛ لأن موضع القطع
 معلومٌ كالمفصل، ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر: فلا قصاص فيه؛
 لأن البعض لا يُعلم مقداره، بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه؛ لأنه لا ينقبض،
 ولا ينبسط، وله حدٌّ يعرف، فيمكن اعتبار المساواة، والشَّفة إذا استقصاها
 بالقطع: يجب القصاص؛ لإمكان اعتبار المساواة، بخلاف ما إذا قطع بعضها؛
 لأنه يتعذر اعتبارها.
 المساواة

فيخير: أي المشجوج رأسه بين الاقتصاص بمقدار شجته، وبين أخذ الأرض. (البنية) وفي عكسه إلخ: أي لو
 كان رأس المشجوج أكبر من رأس الشاج يخير أيضاً؛ لأنه لو استوفى المشجوج مثل حقه في المساحة مما بين قرني
 الشاج كان هذا أزيد في الشين من الأول؛ لأن تلك المساحة لم تأخذ ما بين قرني المشجوج لكبر رأسه، وهي
 تأخذ ما بين قرني الشاج لصغر رأسه، فيزداد في الشين، وإن اقتصر على ما يكون مثل الأول في الشين وإن كان
 دون حقه في المساحة، فيخير إن شاء أخذ الأرض، وإن شاء اقتصر على ما يكون مثل الأول في الشين، وإن كان
 دونه في المساحة. (الكفاية) للتعدّي إلى إلخ: أي في مقدار الشين لا في قدر الشجة. [الكفاية ١٧٢/٩]
 وعن أبي يوسف أنه إلخ: [رواه بشر عنه. (البنية ١١٧/١٣)] قاضي خان حكى في شرحه على "الجامع
 الصغير" رواية أبي يوسف في الذكر واللسان. (رد المحتار) استقصاها: أي بلغ أقصاها أي نهايتها.

فصل

قال: وإذا اصططح القاتل، وأولياء القتل على مال: سقط القصاص، ووجب المال، ^{القُدوري} ^{عن القصاص} قليلاً كان أو كثيراً؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ الآية، على ما قيل: **نزلت الآية في الصلح، وقوله ﷺ: "من قُتل له قتل" * الحديث،**

فصل: لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية، وموجبها أتبعه ذلك في فصل على حدة. [العناية ١٧٤/٩] **كثيراً:** أي زائداً على مقدار الدية. (العناية) **نزلت الآية إلخ:** تقدير الآية على قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد رضي الله عنهم، فمن أعطى له على سهولة، وأريد به ولي القتل يقال: خذ ما آتاك عفواً، أي سهلاً من أخيه أي من جهة أخيه المقتول شيء، أي شيء من المال بطريق الصلح ويكره؛ لأنه مجهول القدر، فإنه مقدر بما تراضيا عليه، فاتباع بالمعروف، أي فله اتباع أي فلولي القتل اتباع المصالح بالمعروف أي مطالبة ببدل الصلح على مجاملة وحسن معاملة، وأداء إليه بإحسان، أي وعلى المصالح أداء إلى ولي القتل بإحسان في الأداء. وقال جماعة: وهو مروي عن عمر وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم الآية في عفو بعض الأولياء، ويدل عليه قوله شيء، فإنه يراد به البعض، وتقديره: فمن عفي له وهو القاتل من أخيه في الدين، وهو المقتول شيء من القصاص، بأن كان للقتل أولياء، فعفا بعضهم، فقد صار نصيب الباقيين مالاً، وهو الدية على حصصهم من الميراث، فاتباع بالمعروف أي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف، أي بقدر حقوقهم من غير زيادة، وأداء إليه بإحسان أي وليؤد القاتل إلى غير العافي حقه وافيّاً غير ناقص، وأريد بالمصدر في قوله: فاتباع وأداء إليه الأمر بهذا الفعل كما في قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾. [الكفاية ١٧٤/٩-١٧٥]

* أخرجه الأئمة الستة في كتبهم. [نصب الراية ٣٥٠/٤] أخرجه البخاري في "صحيحه" عن أبي هريرة أنه عام فتح مكة قتلت خزاعة رجلاً من بني ليث بقتيل لهم في الجاهلية، فقام رسول الله ﷺ فقال: "إن الله حبس عن مكة الفيل، وسلط عليهم رسوله والمؤمنين، ألا وإنها لم تحل لأحد قبلي، ولا تحل لأحد بعدي، ألا وإنها أحلت لي ساعة من نهار، ألا وإنها ساعتى هذه حرام لا يختلى شوكها، ولا يُعضد شجرها، ولا يلتقط ساقطتها إلا منشد، ومن قتل له قتل فهو بخير النظرين: إما يؤدي، وإما يقاد". [رقم: ٦٨٨٠، باب من قتل له قتل فهو بخير النظرين]

والمراد - والله أعلم -: الأخذ بالرضا، على ما بيناه، وهو الصلح بعينه، ولأنه حقّ ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط عفواً، فكذا تعويضاً؛ لاشتماله على إحسان الأولياء، وإحياء القاتل، فيجوز بالتراضي، والقليل والكثير فيه سواء؛ لأنه ليس فيه نصّ مقدّر، فيفوّض إلى اصطلاحهما كالحُلْع وغيره، وإن لم يذكروا حالاً ولا مؤجلاً، فهو حال؛ لأنه مال واجب بالعقد، والأصل في أمثاله الحلول نحو المهر والثلث، بخلاف الدية؛ لأنها ما وجبت بالعقد. قال: وإن كان القاتل حرّاً وعبداً، فأمر الحر ومولى العبد رجلاً بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم، ففعل: فالألف على الحرّ، والمولى نصفان؛ لأن عقد الصلح أضيف إليهما. وإذا عفا أحد الشركاء من الدم، أو صالح من نصيبه على عوض: سقط حقّ الباقيين عن القصاص، وكان لهم نصيبهم من الدية. وأصل هذا: أن القصاص حقّ جميع الورثة، وكذا الدية،

والمراد والله أعلم إلخ: إنما يحتاج إلى قوله: والمراد؛ لأن الظاهر يشهد للشافعي في أحد قوله لولي القتل الاختيار بين أن يقتل، وبين أن يأخذ المال بغير رضا. على ما بيناه: أن ليس لولي القتل العدول عن القصاص إلا برضا القاتل. [الكفاية ١٧٥/٩] وهو الصلح إلخ: أي أخذ الدية هو الصلح بعينه؛ لأن الصلح عبارة عن قطع النزاع، ففي أخذ الدية قطع النزاع. [البنية ١٢٠/١٣] وغيره: يعني كالإعتاق على مال. (العناية) بخلاف الدية: أي في قتل الخطأ حيث لا تجب حالة. (البنية) قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". [البنية ١٢١/١٣] دمهما: أي عن دم عليهما. أضيف [لأن ذلك الرجل سفير محض لاحتياجه إلى الإضافة عليهما] إليهما: لأن الواجب بدل عن القصاص، والقصاص عليهما على السواء، فيقسم البديل عليهما على السواء كرجلين اشتريا عبداً كان الثمن عليهما على السواء؛ لأن الثمن بدل العبد، وقد ملكاه على السواء، فبذله كذلك. [الكفاية ١٧٥/٩]

خلافاً للمالك والشافعي رحمهما في الزوجين. لهما: أن الوراثة خلافة، وهي بالنسب دون السبب؛ لانقطاعه بالموت، ولنا: أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبائي من عقل^{الدية} زوجها أشيم* ولأنه حق يجري فيه الإرث، حتى إن من قتل وله ابنان،
القصاص والدية

خلافاً لمالك إلخ: هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً عندهما، وفي "المبسوط": ولكل وارث في دم العمد نصيب بميراثه عندنا، وقال مالك رحمه الله: لا يرث الزوج الزوجة من الدية شيئاً، وكذا في عامة الكتب التخصيص بالدية، ثم قال في "المبسوط": وكذلك ثبت حق الزوج والزوجة في القصاص عندنا، وعلى قول ابن أبي ليلى: لا يثبت حقهما في القصاص، والتخصيص بقول ابن أبي ليلى في الخلاف يؤذن بأن لا خلاف لمالك في القصاص، وفي بعض "الفوائد": التخصيص على خلاف مالك في الدية لا ينافي خلافه في القصاص، بل ينبغي أن يكون له فيه خلاف بالطريق الأول؛ لأن الدية مال، والمال مما لا خلاف فيه أن الزوج والزوجة يرثان، فلما لم ير مالك فيه الإرث، فلأن لا يرى في القصاص لهما بالطريق الأول. [الكفاية ١٧٥/٩]

لهما [أي لمالك والشافعي رحمهما] (البنية) أن الوراثة [من المورث، يعني أن وجوههما بعد الموت بطريق الخلافة، فثبت بالنسب دون الزوجية؛ لأنها تنقطع بالسبب] إلخ: يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر شيئاً، وهو باطل، ولكن يحمل على أن معناه الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة، وهي فيه بالنسب لا السبب؛ لانقطاعه بالموت، والقصاص والدية إنما يجبان بعد الموت، وقلنا: إنه فاسد بالنقل والعقل، أما الأول فحديث امرأة أشيم الضبائي بكسر الضاد المعجمة كما ذكره في الكتاب، وأما الثاني؛ فلأنهما مورثان كسائر الأموال بالاتفاق، فيجب أن يكونا في حق الزوجين كذلك؛ لأن وجوههما أولاً للميت، ثم يثبت للورثة، ولا يقع للميت إلا بأن يسند الوجوب إلى سببه، وهو الجرح، فكانا كسائر الأموال في ثبوتهما قبل الموت، ألا ترى أنه إذا أوصى بثلث ماله دخلت ديته فيها، وتقضى منه ديونه. [العناية ١٧٥/٩-١٧٦] أشيم: قال السيد السند ناقلاً عن الزهري: إن قتل أشيم كان خطأ.

*روي من حديث الضحاك بن سفيان، ومن حديث المغيرة بن شعبة. [نصب الراية ٣٥٢/٤] فحديث الضحاك بن سفيان: أخرجه أبوداود في "سننه" عن سعيد قال: كان عمر بن الخطاب يقول: الدية للعاقلة، ولا ترث المرأة من دية زوجها شيئاً، حتى قال له الضحاك بن سفيان: كتب إلي رسول الله ﷺ أن أورث امرأة أشيم الضبائي من دية زوجها، فرجع عمر. [رقم: ٢٩٢٧، باب في المرأة ترث من دية زوجها] =

فمات أحدهما عن ابن: كان القصاص بين الصليبي وابن الابن، فيثبت لسائر القصاص والدية الورثة، والزوجية تبقى بعد الموت حكماً في حق الإرث، أو يثبت بعد الموت القصاص والدية مستنداً إلى سببه، وهو الجرح، وإذا ثبت للجميع، فكلُّ منهم يتمكن من الاستيفاء والإسقاط عفواً وصلاحاً، ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقيين فيه؛ لأنه لا يتجزأ، بخلاف ما إذا قتل رجلين وعفا أحدُ الوليين؛ لأن الواجب هناك قصاصان من غير شبهة؛ لاختلاف القتل والمقتول، وههنا واحد لاتحادهما، وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقيين مالاً؛ لأنه امتنع بمعنى راجع إلى القاتل، وليس للعافي شيء من المال؛ لأنه أسقط حقه بفعله ورضاه، ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين، وقال زفر رحمته الله: يجب في سنتين فيما إذا كان بين الشريكين، وعفا أحدهما؛ لأن الواجب نصفُ الدية،

والزوجية تبقى إلخ: هذا جواب عما قال مالك والشافعي من قولهما: لانقطاعه بالموت. (البنية) سببه: والزوجية في تلك الحالة ثابتة. وعفا أحد إلخ: أي ولي القصاص حيث لا يسقط حق الآخر في القصاص. [البنية ١٣/١٢٣] وههنا: في مسألة ما إذا قتل وله ابنان. (البنية) بمعنى [هو مراعاة الحرمة لبعض نفسه] راجع إلى القاتل: وهو ثبوت العصمة للقاتل بعفو البعض من القصاص، فيجب المال كما في الخطأ، فإن العجز عن القصاص ثمة لمعنى في القاتل، وهو كونه خاطئاً. [الكفاية ٩/١٧٧] يجب في سنتين: الثلث في سنة والسدس في سنة. (الكفاية) لأن الواجب نصف إلخ: يعني بالعفو، فيكون في السنة الأولى الثلث، وفي الثانية السدس كما إذا قطع يد إنسان خطأ. [العناية ٩/١٧٧]

= ورواه الترمذي، وقال: هذا حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم. [رقم: ١٤١٥، باب ما جاء في المرأة هل ترث من دية زوجها]

فيعتبر بما إذا قطعت يده خطأ ولنا: أن هذا بعضُ بدل الدم، وكلُّه مؤجل إلى ثلاث سنين، فكذلك بعضه، والواجب في اليد كلُّ بدل الطرف، وهو في سنتين في الشرع، ويجب في ماله؛ لأنه عمد. قال: وإذا قتل جماعةً واحداً عمداً: اقتص من جميعهم؛ لقول عمر رضي الله عنه فيه: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم، * ولأن القتل بطريق التغالب غالب، والقصاص مزجرة للسفهاء، فيجب تحقيقاً لحكمة الإحياء.

إحياء النفس

هذا: أي بعض ما يجب من المال. (البنية) فكذلك بعضه: هذا كالألف إذا كانت مؤجلة إلى ثلاث سنين كان كل درهم منها مؤجلاً إلى ثلاث سنين. [الكفاية ١٧٧/٩] والواجب في اليد: جواب عن اعتبار زفر رضي الله عنه بما إذا قطعت يده خطأ، تقديره: أن الواجب في اليد أي في قطع اليد خطأ. [البنية ١٢٤/١٣] كل بدل: لا بعضه فلا يقاس عليه. وهو: أي ما هو الواجب في اليد المقطوعة خطأ. في سنتين إلخ: إذا كان الواجب ثلث الدية، أو أقل منه يجب في سنة واحدة، وإذا كان أكثر من الثلث إلى تمام الثلثين يجب في سنتين، وإذا كان أكثر من الثلثين إلى تمام الدية يجب في ثلاث سنين. ويجب في ماله: أي يجب المال في مال القاتل في المسألة المذكورة أولاً. [البنية ١٢٤/١٣] عمداً: إذ المسألة فيما إذا جرح كل واحد منهم جرحاً مزهقاً. [الكفاية ١٧٨/٩] اقتص من جميعهم: والقياس لا يقتضيه؛ لانتفاء المساواة، لكنه ترك بما روي أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً، ف قضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم، وقال: "لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم" والتماؤ: التعاون. [العناية ١٧٧/٩] ولأن القتل بطريق إلخ: فإن القتل بغير حق لا يتحقق غالباً إلا بالاجتماع؛ لأن الواحد يقاوم الواحد، وما غلب وقوعه من الفساد يوجب مزجرة، فيجب القصاص تحقيقاً لحكمة الإحياء، فإنه لو لم يجب لما عجز المفسد عن أن يجمع عليه أمثاله، ويقتل لعلمه أن لا قصاص، فيؤدي إلى سد باب القصاص. [العناية ١٧٨/٩]

* رواه مالك في "الموطأ" أخبرنا يحيى بن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قتل نفراً: خمسة أو سبعة برجل قتلوه غيلة، وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به. [ص: ٦٧٨، باب ما جاء في الغيلة والسحر] وذكره البخاري في "صحيحه" معلقاً، وقال لي ابن بشار: حدثنا يحيى عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه أن غلاماً قتل غيلة، فقال عمر رضي الله عنه: لو اشترك فيها أهل صنعاء لقتلتهم، وقال مغيرة بن حكيم عن أبيه: أن أربعة قتلوا صبياً فقال عمر: مثله. [رقم: ٦٨٩٦، باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب أو يقتص منهم كلهم]

وإذا قتل واحد جماعة، فحضر أولياء المقتولين: قتل لجماعتهم، ولا شيء لهم غير ذلك، فإن حضر واحد منهم: قُتِلَ له، وسقط حق الباقيين. وقال الشافعي رحمته الله: يُقتل بالأول منهم، ويجب للباقيين المال، وإن اجتمعوا ولم يعرف الأول: قتل لهم، وقُسمت الديات بينهم، وقيل: يُقرع بينهم، فيقتل لمن خرجت قرعته. له: أن الموجود من الواحد قتلات، والذي تحقق في الشافعي حقه قتل واحد، فلا تماثل، وهو القياس في الفصل الأول، إلا أنه عرف بالشرع. ولنا: أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال، فجاء التماثل أصله الفصل الأول؛ إذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص، ولأنه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للإزهاق،

فيضاف إلى كل واحد منهم؛ إذ هو لا يتجزأ؛ ولأن القصاص شرع مع المنافي؛
الانزهاق
إزهاق الروح
وهو الحرمة

يقتل بالأول منهم: يعني أن قتلهم على التعاقب، وإن قتلهم جملة، أو جهل الأول قتل بهم، وقسم الديات بينهم، أو يقرع. (العناية) قتلات: لأنه قتل جماعة. (البنية) الفصل الأول: هو ما إذا قتل جماعة واحداً. (الكفاية) إلا أنه: أي إلا أن الجماعة تقتل بالواحد اتفاقاً. [البنية ١٣/١٢٦] بالشرع: يريد قضية عمر رحمته الله. (العناية) أصله إلخ: أي أصل ثبوت التماثل الفصل الأول، وهو ما إذا قتل جماعة واحداً، فالجماعة يقتلون بالواحد بالإجماع، يعني أن الجماعة إذا قتلوا واحداً اعتبر كل واحد منهم قاتلاً على الكمال، ولو لا هذا لما وجب القصاص، فكذا إذا وقع القتل جزاء جعل كل واحد منهم مستوفياً حقه على الكمال. [الكفاية ٩/١٧٩]

إذ لو لم يكن إلخ: أي لو لم يكن بينهما مماثلة لما جاز ذلك، وإذا كانت الجماعة مثلاً للواحد كان العكس كذلك؛ لأن المماثلة بين الشيئين إنما تكون من الجانبين. [العناية ٩/١٧٩] كل واحد إلخ: أي من كل واحد من الأولياء؛ وذلك لأنهم لما حضروا وقضى القاضي، إما أن يستوفوا بأنفسهم جميعاً، أو يوكل بعضهم بعضاً في حقه، أو يوكلوا غيرهم، فيكون فعل الوكيل كفعل الموكل، فيكون الجرح الصالح للانزهاق موجوداً من كل واحد. [الكفاية ٩/١٧٩]

فيضاف إلخ: بحيث أنه لو انفرد عن الباقيين كان قاتلاً بصفة الكمال. (العناية) شرع: وهو أن الآدمي بنيان الرب، فلا يجوز تجزئته، قال رحمته الله: "الآدمي بنيان الرب، ملعون من هدمه". [البنية ١٣/١٢٦]

لتحقق الإحياء، وقد حصل بقتله، **فاكتفي به**. قال: ومن وجب عليه القصاص إذا مات: سقط القصاص؛ لفوات محل الاستيفاء، فأشبهه موت العبد الجاني، ويتأتى فيه خلاف الشافعي رحمته؛ إذ الواجب أحدهما عنده. قال: وإذا قطع رجلان يد رجل واحد: فلا قصاص على واحد منهما، وعليهما نصف الدية، وقال الشافعي رحمته: تقطع يدهما، والمفروض إذا أخذنا سكيناً، وأمرأه على يده حتى انقطعت. له: الاعتبار بالأنفس، والأيدي تابعة لها، فأخذت حكمها، أو يجمع بينهما بجامع الزجر. ولنا: أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد؛ لأن الانقطاع حصل باعتماديهما، والأيدي والأنفس

فاكتفي به: ولا شيء لهم غير ذلك. (العناية) القصاص: ولا يجب للولي شيء من التركة. والمفروض إلخ: [أي وموضع فرض المسألة الخلافية. (البنية)] أي صورة المسألة المختلف فيها بيننا وبين الشافعي رحمته فيما إذا أخذ سكيناً واحداً، ووضعها في جانب واحد من يده، وأمرأه على مفصل يده حتى أبانا يده، أما لو وضع أحدهما السكين من جانب، والآخر من جانب آخر، وأمرأه حتى التقى السكينان لا يجب القصاص عنده أيضاً، وهذا بخلاف النفس، فإنه إذا وضع أحدهما السكين على حلقه، والآخر على قفاه، وأمرأه حتى التقى السكينان يجب القصاص عليهما؛ لأن القتل إزهاق للحياة، وهو لا يحتمل الوصف بالتجزئ، فيضاف إلى كل واحد منهما كماً. [الكفاية ١٨٠/٩]

الاعتبار بالأنفس: أي اعتباراً بالأنفس، إما لكونها تابعة لها، وإما أن يجمع بينهما بجامع الزجر. [العناية ١٨٠/٩] قاطع بعض اليد: لأن القطع هو الفصل بين المتصلين، ونحن نتيقن أن الفصل هنا بقوة كل واحد منهما، وأن ما انقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر، ولا معتبر بإمرار كل واحد منهما السكين على جميع العضو؛ لأن إمرار السكين من غير قطع به وجوده كعدمه، فيكون كل واحد منهما قاطعاً بعض اليد، فلا تقطع جميع يده بقطعه بعض اليد لاشتراط التماثل، والقياس في النفس هكذا، وإنما تركناه بالأثر والإجماع، وهذا ليس في معناها، حتى يلحق بها؛ لأن الفعل في النفس لا يوصف بالتجزئ؛ لأنه تصرف في الروح، ولا يتصور انزهاق بعضه دون البعض، فأضيف إلى كل واحد كماً ضرورة عدم التجزئ، أما الفعل في الطرف فيوصف بالتجزئ، ألا ترى أنه يتحقق أن يقطع بعض اليد ويترك ما بقي، فيجعل كل واحد منهما قاطعاً للبعض. [الكفاية ١٨٠/٩-١٨١]

والحل متجزئ، فيضاف إلى كل واحد منهما البعض، فلا مماثلة، بخلاف النفس؛
لأن الانزهاق لا يتجزأ، ولأن القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث،
والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة؛ لافتقاره إلى مقدمات بطيئة،
فيلحقه الغوث. قال: وعليهما نصف الدية؛ لأنه دية اليد الواحدة، وهما قطعاهما، وإن
الرجلين القاطعين نصف الدية
قطع واحدٌ يميني رجلين فحضرًا: فلهما أن يقطعا يده، ويأخذاً منه نصف الدية،
يقتسمانه نصفين، سواء قطعتهما معاً، أو على التعاقب، وقال الشافعي رحمه الله في التعاقب:
يُقطع بالأول، وفي القران: يقرع؛ لأن اليد استحقها الأول، فلا يثبت الاستحقاق فيها
يد القاطع
لثاني كالرهن بعد الرهن، وفي القران: اليد الواحدة لا تقي بالحقين، فترجح بالقرعة.

ولنا: أنهما استويا في سبب الاستحقاق، فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة،
وهو القصاص وإلحاقاً متساويان

والحل متجزئ: فإن قطع بعض وترك بعض متصور، فلا يمكن أن يجعل كل واحد فاعلاً كاملاً.
الغوث: والغوث فيه نادر؛ لسرعة وقوعه. مقدمات بطيئة: من أخذ السكين، والإمرار على المفصل إلى
أن ينقطع. [البنية ١٢٨/١٣] الغوث: فلا نفع في الاجتماع. يميني رجلين: قيد بذلك؛ لأنه لو قطع يمين
أحدهما ويسار الآخر، قطعت يده، لا يقال: تنتفي المماثلة حينئذ؛ لأنه ما فوت على كل واحد منهما
جنس المنفعة، وهما فوتاه عليه؛ لأن المعتبر في حق كل واحد ما استوفاه، وليس في ذلك تفويت جنس
المنفعة، ولا زيادة على حقه. [العناية ١٨١/٩] بالأول: والثاني يأخذ الدية.

كالرهن بعد الرهن: رهن شيئاً من إنسان، وسلمه إليه، ثم رهنه من آخر لم يصح الثاني. (الكفاية)
سبب الاستحقاق: وهو القطع المحسوس، وكونه مشغولاً بحق الأول لا يمنع تقرير السبب في حق الثاني،
فلا يمنع ثبوت حكمه، ألا ترى أن ملك المولى في عبده لا يمنع وجوب القصاص عليه إذا تقرر سببه، والحق
دون المالك. [الكفاية ١٨١/٩] كالغريمين إلخ: وفي بعض النسخ: كالشفيعين في الشفعة، فلا يتقدم أحدهما
على الآخر. [البنية ١٢٩/١٣]

والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي، فلا يظهر إلا في حق الاستيفاء، أما الحل فخلو عنه، فلا يمنع ثبوت الثاني، بخلاف الرهن؛ لأن الحق ثابت في الحل، وصار كما إذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب، فتستحق رقبته لهما وإن حضر واحد ^{الرجلين} منهما، فقطع يده: فلأخر عليه نصف الدية؛ لأن للحاضر أن يستوفي؛ لثبوت حقه، وتردد حق الغائب، وإذا استوفي لم يبق محل الاستيفاء، فيتعين حق الآخر في الدية؛ لأنه أوفى به حقاً مستحقاً. قال: وإذا أقر العبد بقتل العمد: لزمه القود، وقال ^{الجاني} زفر ^{القدوري} رحمه الله: لا يصح إقراره؛ لأنه يلاقي حق المولى بالإبطال، فصار كما إذا أقر بالمال. ^{فلا يصح} ^{العبد}

والقصاص [جواب عن قوله: لأن اليد استحقها الأول. (العناية)] ملك الفعل إلخ: يعني أن القصاص عبارة عن إطلاق الفعل، والإطلاق في الفعل لا يقتضي حقاً في الحل كما في الاصطلياد والاحتشاش، فإن الفعل مملوك، والحل خلوه عنه، فلا يمنع ثبوت الثاني، بخلاف الرهن؛ لأنه لثبوت يد الاستيفاء حكماً، فإذا ثبت للأول استحالة ثبوته للثاني كما في الاستيفاء الحقيقي. [الكفاية ١٨١/٩] المنافي: وهو حرمة النفس. في حق الاستيفاء: لأنه ثابت بطريق الضرورة. [البنية ١٢٩/١٣]

الحق: أي حق الاستيفاء للمرهن. لهما: أي للمقطوعين يدهما. وتردد حق إلخ: يعني أن حق الحاضر ثابت في اليد، ومزاحمة الآخر له في الاستيفاء موهومة عسى أن يعفو أو لا يحضر، فلا يؤخر المعلوم للموهوم كأحد الشفيعين إذا ادعى الشفعة والآخر غائب يقضى بالجميع له كذلك. [العناية ١٨١/٩]

لأنه أوفى به إلخ: يعني أنه قضى بجميع طرفه حقاً مستحقاً عليه، فيقضى للآخر بالأرض، بخلاف النفس، فإن هناك لو استوفي أحدهما القصاص، ثم حضر الآخر لا يقضى له بشيء؛ لأن حقه في الاستيفاء فات بغيبته، فإنهما إذا اجتماعا واستوفيا صار كل واحد منهما مستوفياً على الكمال، فلا يجب معه الدية، وليس في الطرف الواحد وفاء بحقهما، وإنما تعذر على الثاني الاستيفاء بقضائه بطرفه حقاً مستحقاً عليه. [الكفاية ١٨١/٩]

بقتل العمد: وإنما قيد بالعمد؛ لأنه لو أقر بخلط لا يجوز، سواء كان مأذوناً أو محجوراً، أما المحجور فظاهر، وأما المأذون؛ فلأنه ليس من التجارة. [العناية ١٨١/٩]

ولنا: أنه غيرُ متهم فيه؛ لأنه مضرٌّ به فيقبل، ولأن العبد مبقى على أصل الحرية في حق الدم عملاً بالآدمية، حتى لا يصح إقرارُ المولى عليه بالحدِّ والقصاص، وبطلانُ حق المولى بطريق الضمن، فلا يسأل به. ومن رمى رجلاً عمداً، فنفذ السهمُ منه إلى آخر فماتا: فعليه القصاص للأول، والديةُ للثاني على عاقلته؛ لأن الأول عمد، والثاني أحد نوعي الخطأ، كأنه رمى إلى صيد، فأصاب آدمياً، والفعل يتعدّد بتعدّد الأثر.

يظن صيداً

فصل

قال: ومن قطع يدَ رجل خطأ، ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده، أو قطع يده عمداً،

لأنه مضر: فإن المستحق بالقصاص دمه. [الكفاية ١٨٢/٩] لا يصح إقرار إلخ: توضيح لبقائه على الحرية، وكل ما لا يصح إقرار المولى على العبد فيه، فهو فيه بمنزلة الحر، ولهذا وقع طلاق زوجته بالإقرار لوقوعه بالإيقاع، وإذا أقر بسبب يوجب الحد يؤخذ به. [العناية ١٨٢/٩] وبطلان حق إلخ: هنا جواب عن قول زفر رحمته، تقريره: أن بطلان حق المولى في إقراره بقتل العمد. [البنية ١٣٠/١٣] فأصاب آدمياً: فوجب الدية على عاقلته. [البنية ١٣١/١٣] والفعل يتعدّد إلخ: لأن الرمي الواحد جاز أن يتعدّد بتعدّد آثاره، فإن الإنسان إذا أرسل سهماً يسمى رمياً، وإذا مزق جلد حيوان ولم يمت يسمى جرحاً، وإذا أصاب ومات يسمى قتلاً، وإذا أصاب كوزاً، وفرق تركيه يسمى كسراً، وإذا نفذ السهم إلى غير الرمي إليه، صار بمنزلة فعل آخر، وهو فيه مخطئ، فيجب الدية. [الكفاية ١٨٢/٩]

فصل: ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد في فصل على حدة؛ رعايةً للتناسب. [العناية ١٨٣/٩] قال: أي محمد رحمته في "الجامع الصغير". [البنية ١٣٢/١٣] ومن قطع إلخ: اعلم أنه لا يخلو القطع والقتل من أن يتخلل بينهما برء أو لا، فإن تخلل بينهما برء يعتبر كل فعل، ويؤخذ بموجب الفعلين؛ لأن موجب الأول قد تقرر بالبرء، فلا يدخل أحدهما في الآخر حتى لو كانا عمدين، فللولي القطع والقتل، وإن كانا خطأين يجب دية ونصف دية، وإن كان أحدهما عمداً والآخر خطأً، فإن كان القطع عمداً والقتل خطأً يجب في الدية القود، وفي النفس الدية، وإن كان القطع خطأً والقتل عمداً، يجب في اليد نصف الدية، =

ثم قتله خطأً، أو قطع يده خطأً، فبرأت يده، ثم قتله خطأً، أو قطع يده عمداً، فبرأت
ثم قتله عمداً: فإنه يؤخذ بالأمرين جميعاً، والأصل فيه: أن الجمع بين الجراحات
واجب ما أمكن تميمًا للأول؛ لأن القتل في الأعم يقع بضربات متعاقبة، وفي اعتبار
كل ضربة بنفسها بعضُ الحرج، إلا أن لا يمكن الجمعُ فيعطى كل واحد حكم
نفسه، وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الأولين؛ لاختلاف حكم الفعلين، وفي
الآخرين لتخلل البرء، وهو قاطع للسراية، حتى لو لم يتخلل، وقد تجانسا بأن كانا
خطأين: يجمع بالإجماع؛ لإمكان الجمع، واكتفي بدية واحدة. وإن كان قطع يده
عمداً، ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده: فإن شاء الإمام قال: اقطعوه ثم اقتلوه،

= وفي النفس القود، وإن لم يتخلل بينهما برء، فإن كان أحدهما عمداً والآخر خطأً يعتبر كل فعل على
حدة، فيجب في الخطأ الدية، وفي العمد القود، وإن كانا خطأين يعتبر الكل جناية واحدة اتفاقاً، فيجب
دية واحدة اتفاقاً، وإن كانا عمدين، فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما: يقتل ولا تقطع، وعند أبي حنيفة رحمهما
للولي الخيار إن شاء قطع وقتل، وإن شاء قتل، ولا يعتبر اتحاد المجلس، وهو الظاهر، وروي عن نضر بن
سلام أنه كان يقول: الخلاف فيما إذا قطع يده في مجلس وقتله في مجلس آخر، أما إذا وجدا في مجلس
واحد يقتل ولا تقطع يده عندهم، ويجعل الجنايتان بسبب اتحاد المجلس جناية واحدة. [الكفاية ١٨٣/٩]
ثم قتله: بعد البرء، أو قبله. بين الجراحات: يعني الاكتفاء بموجب أحدهما. (العناية) الأعم: يعني في غالب
الأوقات. (العناية) بعضُ الحرج: فيجعل الثاني متمماً للأول، ويجعل الكل واحداً، إلا أن لا يمكن الجمع إما
باختلاف الفعلين وصفاً أو موجباً، أو يتخلل البرء، فحينئذ يعطى كل واحد منهما حكم نفسه. (العناية)
وهو قاطع للسراية: فلا جمع أصلاً؛ لأن الفعل الأول قد انتهى، فيكون القتل بعده ابتداءً، فلا بد من اعتبار
كل واحد منهما. (العناية) لإمكان الجمع: بانتفاع المانع، وهو تخلل البرء والاختلاف. [العناية ١٨٤/٩]
فإن شاء الإمام إلخ: قال شمس الأئمة السرخسي رحمهما: يشير إلى أن الخيار للإمام عند أبي حنيفة رحمهما، وليس
كذلك، بل الخيار للمولى، فعلى هذا يكون قوله: فإن شاء الإمام معناه: يبين لهم أن لهم الخيار. [العناية ١٨٤/٩]

وإن شاء قال: اقتلوه، وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: يقتل، ولا تقطع يده؛ لأن الجمع ممكن؛ لتجانس الفعلين، وعدم تخلل البرء، فيجمع بينهما. وله: أن الجمع متعذر فإنما عمدان إما للاختلاف بين الفعلين هذين؛ لأن الموجب القود، وهو يعتمد المساواة في الفعل، القتل والقطع وذلك بأن يكون القتل بالقتل، والقطع بالقطع، وهو متعذر، أو لأن الحزَّ يقطع إضافة اعتماد المساواة السراية إلى القطع حتى لو صدر من شخصين: يجب القود على الحاز، فصار كتنخلل

البرء، بخلاف ما إذا قطع وسرى؛ لأن الفعل واحد، وبخلاف ما إذا كانا خطأين؛ القتل والقطع

فيجمع بينهما: لأن الثاني يصبح متمماً للأول؛ لأن القطع يصلح مزهقاً للروح بالسراية، والقتل متمماً له قبل تخلل البرء. (البنية) بين الفعلين: إذ الطرف يسلك به مسلك الأموال، بخلاف النفس. (الكفاية) القود: أي للقطع عمداً، أو القتل عمداً. وهو متعذر: القود الذي يعتمد المساواة متعذر؛ لأنه يكون استيفاء الفعلين في فعل واحد، والتعذر فيه ظاهر. [البنية ١٣/١٣٣]

أو لأن الحز: أي حز الرقبة يمنع سراية القطع كالبرء، حتى لو صدرا من شخصين وجب على كل واحد منهما القصاص، فكذا إذا كانا من شخص واحد، فيقطع الأولياء يده، ثم يقتلونه إن شاءوا، وإن شاءوا قتلوه من غير قطع؛ لأن القصاص يعتمد المساواة في الفعل، وذلك بأن يكون القتل بالقتل، والقطع بالقطع، واستيفاء القطع بالقتل متعذر؛ لاختلافهما حقيقةً وحكماً، ولأن الماثلة صورة ومعنى يكون لاستيفائهما، وبالاكتفاء بالقتل لم يوجد الماثلة إلا معنى، فلا يصار إليه مع القدرة على الماثلة صورة، فيخير الولي.

إضافة السراية إلخ: لأن الحل يفوت به، ولا يتصور السراية بعد فوت الحل، حتى لو صدر القطع والحز من شخصين، يجب القود على الحاز دون القاطع، ولو لم يكن الحز قاطعاً لسراية القطع لوجب القود عليهما، فصار كتنخلل البرء. [الكفاية ٩/١٨٤] صدر: أي القطع والقتل عمدين.

الحاز: ولو كان يعتبر بسراية القطع لما يجب القود على الحاز. فصار إلخ: أي إذا انقطع إضافة السراية إليه صار كتنخلل البرء، ولا جمع فيه بالاتفاق. [العناية ٩/١٨٤] قطع: حيث يكفي بالقتل. (الكفاية) وبخلاف: حيث يجمع إجماعاً.

لأن الموجب الدية، وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة، ولأن أرش اليد إنما يجب للخطأ عند استحكام أثر الفعل، وذلك بالحز القاطع للسراية، فيجتمع ضمان الكل، وضمن الجزء في حالة واحدة، ولا يجتمعان، أما القطع والقتل قصاصاً يجتمعان. قال: ومن ضرب رجلاً مائة سوط فبرأ من تسعين، ومات من عشرة: ففيه دية واحدة؛ لأنه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الأرش، وإن بقيت معتبرة في حق التعزير، فبقي الاعتبار لتسعين للعشرة، وكذلك كل جراحة اندملت، ولم يسبق لها أثر على أصل أبي حنيفة رحمته الله، وعن أبي يوسف رحمته الله في مثله حكومة عدل، وعن محمد رحمته الله: أنه تجب أجره الطيب.

غير اعتبار المساواة: بدليل أن عشرة لو قتلوا رجلاً خطأ يجب عليهم دية واحدة، وإن تعدد الفعل لاتحاد المحل، وإن قتلوا رجلاً عمداً قتلوا جميعاً به؛ لأن القصاص جزاء الفعل، فيتعدد بتعدد الفعل. [الكفاية ١٨٥/٩] ولأن أرش إرخ: وتقريره: أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل، يعني القطع بانقطاع توهم السراية، وذلك إنما يكون بالحز القاطع للسراية، فأرش اليد إنما يجب بالحز القاطع للسراية، وبه يجب ضمان الكل، فيجتمع ضمان الكل، وضمن الجزء في حالة واحدة، وهي حالة الحز، وفي ذلك تكرار دية اليد؛ لأن ضمان الكل يشملها، والتكرار فيها غير مشروع فلا يجتمعان. [العناية ١٨٥/٩]

يجتمعان: لأن مبنى العمد على التغليب والتشديد، ولهذا تقتل الجماعة بالواحد، وليس كذلك الخطأ؛ لأن مبناه على التحقيق، وهذا لا تعدد الدية بتعدد القاتلين. (البنية) قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". [البنية ١٣٤/١٣] ومن ضرب إرخ: معنى هذا: ضربه تسعين في موضع، وعشرة في موضع آخر، فبرأ موضع التسعين، وسرى العشرة. (الكفاية) دية واحدة: قالوا: هذا إذا برأ من تسعين، ولم يبق لها أثر أصلاً، فإن بقي لها أثر ينبغي أن يجب عليه حكومة العدل للأسواط، ودية للقتل. [الكفاية ١٨٥/٩]

كل جراحة إرخ: يعني مثل إن كانت شحة، فالتحمت ونبت الشعر، فإنها لا تبقى معتبرة لا في حق الأرش، ولا في حق حكومة عدل، وإنما تبقى في حق التعزير. [العناية ١٨٥/٩] حكومة عدل: وتفسير حكومة العدل: أنه لو كان عبداً مجروحاً بهذا كم قيمته، وبدون الجراحة كم قيمته، فيضمن التفاوت الذي بينهما في الحر من الدية، وفي العبد من القيمة. [الكفاية ١٨٥/٩]

وإن ضرب رجلاً مائة سوط، وجرحته وبقي له أثر: تجب حكومة العدل؛ لبقاء الأثر، والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس. قال: ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة^{يده} عنه، ثم مات من ذلك: فعلى القاطع الدية في ماله، وإن عفا عن القطع، وما يحدث منه، ثم مات من ذلك: فهو عفو عن النفس، ثم إن كان خطأ: فهو من الثالث، وإن كان عمداً، فهو من جميع المال، وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: إذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضاً، وعلى هذا الخلاف إذا عفا عن الشجة، ثم سرى إلى النفس ومات. لهما: أن العفو عن القطع عفو عن موجهه، وموجهه القطع لو اقتصر، والقتل إذا سرى فكان العفو عنه عفواً عن أحد موجهيه أيهما كان،

وإن ضرب إرخ: هذه من مسائل "الجامع الصغير". [البنية ١٣/١٣٥] تجب حكومة العدل: دون الأرش؛ لأن حكومة عدل إنما تكون لبقاء الأثر، وهو موجود، والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس بأن لم يبرأ، وليس بموجود، وهذا يشير إلى أنه إن لم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق، وإن جرح واندمل، ولم يبق لها أثر، فكذلك كما هو أصل أبي حنيفة رحمته الله؛ لأنه لم يكن إلا مجرد الألم، وهو لا يوجب شيئاً كما لو ضربه ضرباً مؤلماً. [العناية ٩/١٨٥] قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". [البنية ١٣/١٣٦] عند أبي حنيفة رحمته الله: اعلم أن العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس بعفو مما يحدث منه عند أبي حنيفة رحمته الله، خلافاً لهما. [العناية ٩/١٨٥-١٨٦] الشجة: فهو عفو عن الشجة لا عن النفس عنده، وأما عندهما هو عفو عن النفس أيضاً. عفو [لأن الفعل عرض لا يبقى، فلا يتصور العفو عنه. (العناية ٩/١٨٦)] عن موجهه: لأن نفس الفعل لا يحتمل العفو؛ لأنه عرض كما وجد يتلاشى، فيكون المراد موجهه، وموجه نوعان: القطع إذا اقتصر، والقتل إذا سرى، فيكون عفواً عنهما كما لو قال: أيرأتك عن الغضب يكون ذلك إبراء عن الضمان الواجب، وهو رد العين عند قيامه، ورد القيمة بعد هلاكه، وكذلك المشتري إذا أبرأ البائع عن العيب يكون إبراء عن موجهه، وهو الرد عند الإمكان والرجوع بالنقصان عند التعذر. [الكفاية ٩/١٨٥-١٨٦]

ولأن اسم القطع يتناول الساري، والمقتصر، فيكون العفو عن القطع عفواً عن نوعيه، وصار كما إذا عفا عن الجناية، فإنه يتناول الجناية السارية، والمقتصرة كذا الساري والمقتصر هذا. وله: أن سبب الضمان قد تحقق، وهو قتل نفس معصومة متقومة، والعفو لم يتناوله بصريحه؛ لأنه عفا عن القطع، وهو غير القتل، وبالسراية تبين أن الواقع قتل، وحقه فيه، ونحن نوجب ضمانه، وكان ينبغي أن يجب القصاص، وهو القياس؛ لأنه هو الموجب للعمد، إلا أن في الاستحسان تجب الدية؛ لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دائرة للقود، ولا نسلم أن الساري نوع من القطع، وأن السراية صفة له، بل الساري قتل من الابتداء، وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعاً،

الساري والمقتصر: ألا ترى أن الإذن بالقطع إذن به، وبما يحدث منه، حتى أن من قال لآخر: اقطع يدي فقطعها، ثم سرى إلى النفس لم يضمن، فإذا جعل الإذن بالقطع إذنًا له، وبما يحدث منه، فكذا العفو عن القطع؛ لأن العفو في الانتهاء كالإذن في الابتداء. (الكفاية) والعفو لم يتناوله: كما لو قال: لا قطع لي قبل فلان؛ فلأنه لا يوجب البراءة عن النفس. [الكفاية ١٨٦/٩]

وحقه فيه: فما هو حقه لم يعف عنه، وما عفا عنه، فليس بحقه، فلا يكون معتبراً، ألا ترى أن الولي لو قال بعد السراية: عفوتك عن اليد لم يكن عفواً، أو قال المجني عليه: عفوتك عن القتل، واقتصر القطع لم يكن عفواً، فكذا إذا عفا عن اليد، ثم سرى، وإذا لم يكن العفو معتبراً وجب الضمان. (العناية) ولا نسلم إلخ: جواب عن قولهما: فيكون العفو عفواً عن نوعيه. (العناية) بل الساري قتل إلخ: إضراب عن قوله: نوع من القطع؛ وذلك لأن القتل فعل مزهق للروح به، ولما انزهق الروح، به عرفنا أنه كان قتلاً. [العناية ١٨٦/٩]

وكذا لا موجب له إلخ: جواب عن قوله: أو القتل إذا سرى يريد أن القتل ليس بموجب للقطع من حيث كونه قطعاً؛ لأنه إذا سرى ومات تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلاً، إنما الثابت موجب القتل، وهو الدية، فكان العفو المضاف إلى القطع مضافاً إلى غير محله، فلا يصح، وإذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفواً عن القتل، وهو معنى قوله: فلا يتناوله العفو. [العناية ١٨٦/٩]

فلا يتناوله العفو، بخلاف العفو عن الجناية؛ لأنه اسم جنس، وبخلاف العفو عن الشجة، وما يحدث منها؛ لأنه صريح في العفو عن السراية والقتل، ولو كان القطع خطأ، فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقاً وخلافاً، ^{أعلم} آذن بذلك إطلاقه، إلا أنه إن كان خطأ، فهو من الثلث، وإن كان عمداً، فهو من جميع المال؛ لأن موجب العمد القود، ولم يتعلق به حق الورثة؛ لما أنه ليس بمال، فصار كما إذا أوصى بإعارة أرضه، ^{أي تبرع} قيل الموت

جنس: يتناول الساري وغيره. (البنية) وفاقاً: أي إذا قال: عفوت عن الجناية، أو عن القطع، وما يحدث منه، وخلافاً إذا قال: عفوت عن القطع. [الكفاية ١٨٧/٩] إطلاقه: أي إطلاق لفظ "الجامع الصغير"، وهو قوله: ومن قطع يد رجل، فعفا المقتوعة يده عن القطع، غير متعرض للعمد والخطأ، ومنع الإطلاق بأن قوله: فعلى القاطع الدية في ماله يدل على أنه في العمد؛ لأن الدية في الخطأ على العاقلة، وأجيب بأن الوضع مطلق لاحالة، والجواب إنما هو لأحد نوعيه، وتقريره: فعلى القاتل الدية في ماله إن كان القطع عمداً. [العناية ١٨٨/٩] جميع المال: أي يسقط القصاص من جميع المال في العمد، حتى لو كانت الدية زائدة على الثلث لا ينقلب شيء من القصاص مالا؛ لأن المنحصر في الثلث التبرع بالمال، والقصاص ليس بمال. [الكفاية ١٨٧/٩] ولم يتعلق به إلخ: لأن حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة، وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الأصل، والقياس في المال أيضاً أن لا يثبت فيه تعلق حقهم إلا بعد موت المورث، لكن ثبت ذلك شرعاً لقوله ^{عليه السلام}: "لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس"، وتركهم أغنياء إنما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغني، وهو المال، فلو لم يتعلق به لتصرف فيه، فتركهم عالة يتكففون الناس، والقصاص ليس بمال، فلا يتعلق به لكنه موروث؛ لأن الإرث خلافة. [العناية ١٨٨/٩]

ليس بمال: لأنه ليس إلا بمجرد انتقام، وتشفي صدور، فلا يتعلق حقهم به. (الكفاية) بإعارة أرضه: [كان ذلك من جميع المال؛ لأن المنافع ليست بأموال] أي كما لو أعار أرضه في مرض موته، وانتفع بها المستعير، ثم مات المعير كان ذلك من كل المال، ولا يصح إرادة حقيقة الوصية بإعارة أرضه؛ لأن الرواية محفوظة أنه إذا أوصى بإعارة أرضه، ولم يخرج من الثلث، فالحكم فيها التهاؤ يسكن الموصى له يوماً، والورثة يومين، وإن كان قابلاً للقسمة يقسم، ويسكن الموصى به في الثلث، والورثة في الثلثين. [الكفاية ١٨٨/٩]

أما الخطأ: فموجبه المال، وحق الورثة يتعلق به، فيعتبر من الثلث. قال: وإذا قطعت المرأة يد رجل، فتزوجها على يده، ثم مات: فلها مهر مثلها، وعلى عاقلتها الدية إن كان خطأ، وإن كان عمداً، ففي مالها، وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله؛ لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفواً عما يحدث منه عنده، فالتزوج على اليد لا يكون تزواً على ما يحدث منه، ثم القطع إذا كان عمداً يكون هذا تزواً على القصاص في الطرف، وهو ليس بمال، فلا يصلح مهراً لاسيما على تقدير السقوط، فيجب مهر المثل، وعليها الدية في مالها؛ لأن التزوج وإن كان يتضمن العفو على ما نبين إن شاء الله تعالى، لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة، وإذا سري تبين أنه قتل النفس، ولم يتناوله العفو، فتجب الدية، وتجب في مالها؛ لا قطع اليد

قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". [البنية ١٣/١٣٩] يده: أي على موجب يده. (الكفاية) ثم مات: قيد بالموت في وجوب مهر المثل؛ لأنه لو لم يموت، فتزوجها على اليد صحت التسمية، وبصير أرش ذلك، وهو خمسة آلاف درهم مهراً لها بالإجماع، سواء كان القطع عمداً أو خطأ، فتزوجها على القطع أو على القطع، وما يحدث منه، أو على الجناية؛ لأنه لما برأ تبين أن موجبها الأرش دون القصاص؛ لأن القصاص لا يجري في الأطراف بين الرجل والمرأة، والأرش يصلح صداقاً كذا ذكره الإمام قاضي خان والمحجوبي رحمته الله. [الكفاية ١٨٩/٩] منه: عن موجب قطع اليد.

على تقدير السقوط: فإنه إذا لم يصلح مهراً على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بالطريق الأولى، والقصاص يسقط ههنا، إما بقبولها التزوج؛ لأن سقوطه متعلق بالقبول، فلما قبلت سقط، وإما باعتبار تعذر الاستيفاء، فإنه لما جعل القصاص جعل لها ولاية الاستيفاء، ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه. [١٨٩/٩ - ١٩٠] نبين: إشارة إلى قوله: وقد رضي بسقوط حقه. (البنية) عن القصاص: لكن يتضمن

العفو عن القصاص. [البنية ١٤٠/١٣]

لأنه عمد، والقياس: أن يجب القصاص على ما بيناه. وإذا وجب لها مهر المثل، وعليها الدية تقع المقاصّة إن كانا على السواء، وإن كان في الدية فضل: ترده على ^{المهر المثل والدية} ^{المرأة} الورثة، وإن كان في المهر فضل: ترده الورثة عليها، وإذا كان القطع خطأ: يكون ^{ورثة الميت} ^{الفضل} هذا تزوجاً على أرش اليد، وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد، وأن المسمى ^{التزوج} ^{القطع} معدوم، فيجب مهر المثل كما إذا تزوجها على ما في اليد، ولا شيء فيها، ولا يتقاصان؛ لأن الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها. قال: ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها، أو على الجناية ثم مات من ذلك، والقطع عمد: فلها مهر مثلها؛ لأن هذا تزوج على القصاص، وهو لا يصلح مهراً، فيجب مهر المثل على ما بيناه، وصار كما إذا تزوجها على خمر أو خنزير، ولا شيء له عليها؛ لأنه لما جعل القصاص مهراً، فقد رضي بسقوطه بجهة المهر، فيسقط أصلاً كما إذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالاً، فإنه يسقط أصلاً.

لأنه عمد: والعاقلة لا تتحمل العمد. (البنية) بيناه: يريد به قوله: لأنه هو الموجب للعمد. [البنية ١٣/١٤٠] تقع المقاصة [بين دية الزوج ومهر المرأة]: أي إذا حلت الدية لا في الحال؛ لتأجيل الدية، وحلول مهر المثل. [الكفاية ٩/١٩١] إذا تزوجها: فيجب مهر المثل. على العاقلة: ولا يقال: بأن الصحيح أنه تجب على القاتل، ثم تتحمل العاقلة، فيكون أصل الوجوب على القاتل، واعتبار هذا يوجب جواز المقاصة؛ لأنها نقول: عند بعض المشايخ تجب على العاقلة ابتداء، وعند بعضهم تتحمل العاقلة عن القاتل بطريق الحوالة، والحوالة توجب البراءة، فلا تقع المقاصة. [الكفاية ٩/١٩٢]

والمهر لها: أي ويجب مهر المثل هنا، ولا يتقاصان. (البنية) قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية) بيناه: من أنه ليس بمال. ولا شيء عليها: أي لا دية، ولا قصاص. (العناية) كما إذا أسقط إلخ: بأن قال: أسقطت عنك القصاص بشرط أن يصير مالاً، فإنه يسقط أصلاً. [الكفاية ٩/١٩١]

وإن كان خطأ يُرفع عن العاقلة مهرٌ مثلها، ولهم ثلث ما ترك وصية؛
 لأن هذا تزوج على الدية، وهي تصلح مهرًا، إلا أنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع
 المال؛ لأنه مريض مرض الموت، والتزوج من الحوائج الأصلية، ولا يصح في حق
 الزيادة على مهر المثل؛ لأنه محابة، فيكون وصية، ويرفع عن العاقلة؛ لأنهم يتحملون
 عنها، فمن المحال أن ترجع عليهم بموجب جنايتها، وهذه الزيادة وصية لهم؛ لأنهم
 من أهل الوصية؛ لما أنهم ليسوا بقتلة، فإن كانت تخرج من الثلث تسقط،
 الزيادة

خطأ: فيجب الدية على عاقلتها. ولهم ثلث [أي ثلث ما زاد على مهر المثل إلى تمام الدية يكون
 وصية. [العناية ١٩١/٩] ما ترك: أي وللعاقلة الزيادة على مهر المثل إذا خرج من الثلث، وتبرأ العاقلة عن
 ذلك، وإن كانت الزيادة على مهر المثل إلى تمام الدية لا يخرج من ثلث ماله، فيقدر ما يخرج من الثلث
 يسقط عن العاقلة، ويعتبر ذلك وصية لهم، ويؤدون الباقي إلى ورثة الزوج، وفي الأوضح هذا الجواب فيما
 إذا كانت تخرج من الثلث صحيح على قول من لا يجعل المرأة واحدة من العاقلة، فأما على قول من يجعلها
 واحدة من العاقلة، قال بعضهم: يجب أن لا تصح؛ لأنه لا بد أن يظل الوصية في قدر حصتها؛ إذ لا وصية
 للقاتل، والصحيح أنه يصح؛ لأنه لو لم تصح الوصية في قدر حصتها لها يصح في الكل لغيرها كما إذا
 أوصى بثلث ماله لحي وميت تصح الوصية بكل الثلث للحي، فكان إسقاط كل الدية لازماً، وإن بطلت
 الوصية في حصتها، فلا معنى للإبطال. [الكفاية ١٩١/٩-١٩٢]

وصية: يعني أن الزائد على مهر مثلها يكون وصية في حق العاقلة، فينظر بعد إسقاط مهر المثل إن كان
 للميت وهو الزوج مال سوى الزائد على مهر المثل، والزائد يخرج من الثلث يكون للعاقلة، وإن لم يكن
 مال يأخذ العاقلة ثلث الزائد على مهر المثل، والثلثان لورثة الزوج. هذا: أي التزوج على اليد وما يحدث
 منها. [البنية ١٤١/١٣] على الدية: وهو يتضمن العفو، وهو في مرض الموت وصية.

فيكون وصية: لها، والوصية للقاتل لا تصح. (البنية) لأنهم يتحملون: بسبب جنايتها، فإذا صار ذلك ملكاً
 لها، سقط عنه، فلا يغرمون لها. ترجع عليهم إلخ: وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله وإن كان مهر مثلها مثل الدية،
 فلا شيء على العاقلة؛ لأنهم إنما يتحملون عنها بسبب جنايتها، فلا يغرمون لها. [الكفاية ١٩٢/٩]

وإن لم تخرج يسقط ثلثه. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما: كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليد؛ لأن العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما، فاتفق جوابهما في الفصلين. قال: ومن قطعت يده، فاقْتَصَّ له من اليد، ثم مات: فإنه يُقْتَلُ المقتَصُّ منه؛ لأنه تبين أن الجناية كانت قتلَ عمداً بالموت بالسراية عمد، وحقُّ المقتَصِّ له القود، واستيفاء القطع لا يوجب سقوطَ القود، كمن له القود إذا استوفى طرف من عليه القود، فلا يسقط القود وعن أبي يوسف رحمهما: أنه يسقط حقه في القصاص؛ لأنه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما وراءه، ونحن نقول: إنما أقدم على القطع ظناً منه أن حقه فيه، وبعد المقتَص منه القطع وهو القتل السراية تبين أنه في القود، فلم يكن مبرئاً عنه بدون العلم به. قال: ومن قُتِلَ القتل وليُّه عمداً، فقطَّع يدَ قاتله، ثم عفا، وقد قضي له بالقصاص أو لم يقض: فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة رحمهما، وقالوا: لا شيء عليه؛ لأنه استوفى حقه، فلا يضمُّنه؛ وهذا لأنه استحق إتلافَ النفس بجميع أجزائها، استيفاء الحق

في الفصلين: يعني في الزوج على اليد إذا كان القطع خطأ، وفي الزوج على اليد، وما يحدث منها، أو على الجناية، وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق، وإلا فالفصول ثلاثة. (العناية) قال: أي محمد رحمهما في "الجامع الصغير". [البنية ١٣/١٤٢] فإنه يقتل إلخ: ولم يذكر ما إذا مات المقتَص منه من القطع، وحكمه الدية على عاقلة المقتَص له عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم: لا شيء عليه، على ما سيحيى. [العناية ٩/١٩٢] قال: أي محمد رحمهما في "الجامع الصغير". [البنية ١٣/١٤٣] ثم عفا: أي أبرأ القاطع عن القصاص. بالقصاص إلخ: بترديد القضاء، وغير القضاء مقدم على العفو. (الكفاية) لا شيء عليه: لا القصاص ولا الدية، وبه قال الشافعي. (البنية) بجميع أجزائها: لأن اليد كانت جميعاً للولي تبعاً للنفس، فبطل حقه بالنفس مما بقي لا مما استوفى. [البنية ١٣/١٤٣]

ولهذا لو لم يَغْفُ لا يضمنه، وكذا إذا سرى وما برأ، أو ما عفا وما سرى، أو قطع ثم
 حَزَّ رقبته قبل البرء أو بعده، وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف، فقطع أصابعه،
 ثم عفا: لا يضمن الأصابع. وله: أنه استوفى غير حقه؛ لأن حقه في القتل، وهذا قطع
 وإبانة، وكان القياس أن يجب القصاص، إلا أنه سقط للشبهة، فإن له أن يتلقه تبعاً،
 وإذا سقط وجب المال، وإنما لا يجب في الحال؛ لأنه يحتمل أن يصير قتلاً بالسراية،
 فيكون مستوفياً حقه، وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر إلا عند الاستيفاء،

ولهذا لو لم يغف: هذه المسألة على أربعة أوجه: قطع ثم عفا وبرأ، ولم يسر، أو لم يغف وسرى، أو عفا
 وسرى أو لم يغف ولم يسر، والمختلف هو الأول، وكذا الثالث أيضاً على الخلاف في الصحيح من
 الرواية. (الكفاية) وما برأ: تأكيد لقوله: سرى. (الكفاية) سرى: أي لم يظهر حاله بعد. [الكفاية ١٩٣/٩]
 لا يضمن الأصابع: فكذا في الطرف مع النفس؛ وهذا لأن حقه ثابت في النفس، وكل حق ظهر في
 النفس يظهر في حق الأطراف طبعاً؛ لأنهما من جملة النفس. [البنية ١٣/١٤٤]

استوفى غير حقه: لأن استيفاء الطرف قطع، وقد بينا أن حقه في القتل، والقطع غير القتل، وقد استوفاه
 من نفس متقومة، فإن نفس من عليه القصاص متقومة في حق سائر الناس، فكذلك في حق من له
 القصاص. (الكفاية) أن يتلقه تبعاً: يتلف الطرف تبعاً للنفس. [البنية ١٣/١٤٤] في الحال: بل عند البرء
 جواب إشكال، وهو: أن يقال: إذا كان القطع غير حقه، وقد استوفاه، وأنه مضمون عليه، فلم لا يجب
 عليه الضمان في الحال، فأجاب بما ذكر. [الكفاية ١٩٣/٩]

وملك القصاص إلخ: جواب عن قولهما: إنه استوفى حقه، يعني لما كان ملك القصاص ضرورياً لثبوته مع
 المنافي، وهو الحرية كما مر بحيث لا يظهر إلا في هذه الأحوال الثلاثة، وهي استيفاء النفس بالقصاص والعفو
 والاعتياض لا يصح التصرف في القاتل بغيرها، والقطع مقصوداً غيرها، فيكون تصرفاً في غير موضع
 الضرورة، ولا حق له فيه، فيجب الضمان. [العناية ٩/١٩٤] ضروري: لأنه ثابت على منفاة الدليل؛ لأن
 القاتل حر، والحرية تنافي المملوكية، ولكن ثبت لصيانة الدم المعصوم، وحصول الزجر المقصود بشرعيته،
 فيقدر بقدر ما تدفع به الضرورة، والضرورة تدفع بظهوره عند الاستيفاء، أو العفو، أو الاعتياض بالصلح؛ =

أو العفو أو الاعتياض؛ لما أنه تصرف فيه، فأما قبل ذلك لم يظهر؛ لعدم الضرورة، بخلاف ما إذا سرى؛ لأنه استيفاء، وأما إذا لم يعف، وما سرى، قلنا: إنما يتبين كونه قطعاً بغير حق بالبرء، حتى لو قطع وما عفا وبرأ: الصحيح أنه على هذا الخلاف، وإذا قطع ثم حزّ رقبته قبل البرء: فهو استيفاء، ولو حزّ بعد البرء، فهو على هذا الخلاف، هو الصحيح، والأصابع وإن كانت تابعة قياماً بالكف، فالكف تابعة لها غرضاً، بخلاف الطرف؛ لأنها تابعة للنفس من كل وجه. قال: ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه، ثم سرى إلى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبي حنيفة رحمته، وقالوا: لا يضمن؛

= لأن هذه الأشياء تصرف فيه أي في القاتل في القصاص أما كون الاستيفاء تصرفاً فيه فظاهر، وكذلك العفو؛ لأنه إسقاط، وإسقاط الشيء تصرف فيه، وكذا الاعتياض، فأما قبل الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض فلا ضرورة، فلا يظهر الملك، فيجب الضمان بإتلافه. [الكفاية ١٩٣/٩]

أنه: أي أن كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة. (البنية) فأما قبل ذلك: يعني قبل التصرف بهذه الأشياء الثلاثة، يريد به القطع، فلم يظهر يعني ملك القصاص؛ لعدم الضرورة. (العناية) بخلاف ما إذا إلخ: جواب عن قولهما: وكذا إذا سرى. (العناية) إذا لم يعف إلخ: جواب عن قولهما: أو ما عفا وما سرى. (العناية) على هذا الخلاف: يعني فلا يكون مستشهداً به، وكذلك قوله: هو الصحيح. [العناية ١٩٤/٩]

والأصابع إلخ: جواب عن قولهما: وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف، فقطع أصابعه، ثم عفا، وهو أن الأصابع وإن كانت تابعة للكف قياماً به، فالكف تابعة لها غرضاً؛ لأن منفعة البطش تقوم بالأصابع، وأما أصل في الضمان أيضاً، ولكل أصبع أرش مقدر، بخلاف الكف، فلما صار أصلاً كان للمقطوع حق الاستيفاء قصداً، ويكون استيفاؤها كاستيفاء الكف، بخلاف الطرف؛ لأنها تابعة للنفس من كل وجه. [الكفاية ١٩٤/٩] غرضاً: أي من حيث الغرض؛ لأن منفعة البطش تقوم بالأصابع، والكف كالشرط له. [البنية ١٤٥/١٣] قال: أي في الأصل؛ لأن هذه من مسائل "الأصل" ذكرها تفريعاً، وليست بمذكورة في البداية، فعلى هذا لم يقع لفظ قال. [البنية ١٤٦/١٣]

لأنه استوفى حقه وهو القطع، ولا يمكن التقييد بوصف السلامة؛ لما فيه من سدّ باب القصاص؛ إذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه، فصار كالإمام والبزاع والحجام والمأمور بقطع اليد. وله: أنه قتل بغير حق؛ لأن حقه في القطع، وهذا وقع قتلاً، ولهذا لو وقع ظلماً كان قتلاً، ولأنه جرح أفضى إلى فوات الحياة في مجرى العادة، وهو مسمى القتل، إلا أن القصاص سقط للشبهة، فوجب المال، بخلاف ما استشهدا به من المسائل؛ لأنه مكلف فيها بالفعل، إما تقلداً كالإمام أو عقداً كما في غيره منها، والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي إلى الحربي، وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب؛ إذ هو مندوب إلى العفو، فيكون من باب الإطلاق، فأشبه الاصطياد.

فصار كالإمام: أي إذا قطع يد السارق فسرى ومات منفعة البطش تقوم بالأصابع، والبزاع والحجام إذا فعلا معتاداً بقطع اليد كما إذا قال لرجل: اقطع يدي، فقطع يده، فمات المقطوع من القطع لا شيء عليه؛ وهذا لأن السراية تبع لابتداء الجناية، فلم يجز أن يكون ابتداء الجناية مباحاً، وسرايتها مضمونة. (الكفاية) والبزاع: من بزغ البيطار الدابة شقها بالميزغ، وهو مثل شرط الحجام. [البنية ١٣/١٤٦] ظلماً: أي قطع اليد ثم السراية. مجرى العادة: يعني أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة. (الكفاية) مسمى القتل: أي الجرح المفضي إلى فوات الحياة هو المسمى بالقتل، وكان القياس أن يكون فيه القصاص. [البنية ١٣/١٤٦] كما في غيره [أي غير الإمام وهو البزاع والحجام والختان]. (البنية ١٣/١٤٧) منها: أي من المسائل، يعني البزاع والحجام، فإن الفعل يجب عليهما بعقد الإجارة. [العناية ٩/١٩٤] السلامة: لئلا يكون تكليف ما ليس في الوسع. كالرمي إلخ: فإنه إذا رمى إلى الحربي فأصاب أسيراً مسلماً لم يضمن. [البنية ١٣/١٤٧] ولا وجوب: إذ العفو مندوب إليه، قال الله تعالى: ﴿وَأَنْ تَغْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾، فيكون من باب الإطلاق، أي الإباحة، فأشبه الاصطياد، ولو رمى إلى صيد فأصاب إنساناً ضمن، كذا هذا. (العناية) فأشبه الاصطياد: أي في الإباحة، والإباحة تتقيد بوصف السلامة. [الكفاية ٩/١٩٤]

باب الشهادة في القتل

قال: ومن قُتِلَ، وله ابنان: حاضر وغائب، فأقام الحاضرُ البيّنة على القتل،
ثم قدم الغائبُ: فإنه يعيد البيّنة عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: لا يعيد، وإن كان القتل
خطأ: لم يُعِدْها بالإجماع، وكذلك الدّينُ يكون لأبيهما على آخر. لهما في الخلافة:
أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين؛ وهذا لأنه عوض عن نفسه، فيكون القصاص
الملك فيه لمن له الملك في المعوض، كما في الدية، ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت.
وهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت، وهو النفس هو المورث الميت

باب الشهادة إلخ: القتل بعد تحققه ربما يحدد، فيحتاج من له القصاص إلى إثباته بالبيّنة، فبين الشهادة فيه في باب على حدة. [العناية ١٩٥/٩] قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". [البنية ١٣ / ١٤٧]
ثم قدم الغائب إلخ: وأجمعوا على أن القتل يحبس إلى أن يحضر الغائب؛ لأنه صار متهماً بالقتل، والمتهم يحبس، وأجمعوا على أنه لا يقضى بالقصاص ما لم يحضر الغائب؛ لأن المقصود من القضاء الاستيفاء، والحاضر لا يتمكن من الاستيفاء بالإجماع. [الكفاية ١٩٥/٩]

وكذلك الدين: لا يكلف بإقامة البيّنة بالإجماع. [البنية ١٣ / ١٤٨] أن القصاص إلخ: والأصل: أن استيفاء القصاص حق الورثة عنده، وحق المورث عندهما، وليس لأبي حنيفة رحمته الله تمسك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحساناً كما أنه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث المجرور استحساناً للتدافع، والقياس عدم الجواز، أما من جهة المورث؛ فلأن القتل لم يوجد بعد، وأما من جهة الوارث؛ فلوقوعه قبل ثبوت حقه، ووجه الاستحسان: أن السبب قد تحقق فصح من كل منهما كذلك، وإذا ظهر ذلك ظهر وجه قولهما أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين، وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين، وحكمه: أن ينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقي، واستدل لهما على أن طريقه طريق الوراثة بقوله؛ وهذا لأنه عوض نفس قال الله تعالى: ﴿وَكَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾، فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية، ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت تقضى به ديونه، وتنفذ منه وصاياه. [العناية ١٩٥/٩]
طريق الوراثة: أي على معنى أنه يثبت للميت أولاً، ثم ينتقل عنه الوارث. (البنية)

فينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقيين، وله أن القصاص طريق الخلافة دون الوراثة. ألا ترى أن ملك القصاص يثبت بعد الموت، والميت ليس من أهله، بخلاف الدين والدية؛ لأنه من أهل الملك في الأموال، كما إذا نصب شبكة، وتعقل بها صيد بعد موته: فإنه يملكه، وإذا كان طريقه الإثبات ابتداءً لا ينتصب أحدهم خصماً عن الباقيين، فيعيد البينة بعد حضوره. فإن كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا: فالشاهد خصم، ويسقط القصاص؛ لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص إلى مال، ولا يمكنه إثباته إلا بإثبات العفو من الغائب، فينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، وكذلك عبد بين رجلين قُتلَ عمداً، وأحد الرجلين غائب: فهو على هذا؛ لما بيناه. قال: فإن كانت الأولياء ثلاثة، فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا: فشهادتهما باطلة، وهو عفو منهما؛ لأنهما يجبران بشهادتهما إلى أنفسهما مغنماً، وهو انقلاب القود مالاً، فإن صدقهما القاتل: فالدية بينهم أثلاثاً،

عن الباقيين: لأنهم كالوكلاء عن الميت، فينفر كل منهم بإثبات حقوقه. (البنية) وله: أي لأبي حنيفة رحمته الله أن طريقه طريق الخلافة، وهو أن يثبت لمن يحلف ابتداء كالعبد إذا اتهم، فإنه يثبت للمولى ابتداء بطريق الخلافة؛ لأن العبد ليس بأهل للملك كما أن الميت ليس من أهل القصاص؛ لكونه ملك الفعل، ولا يتصور الفعل من الميت، والوراثة هو أن يثبت للملك للمورث ابتداء، ثم للوارث. [العناية ١٩٥/٩] والدية: هذا جواب عن قولهما: كالدين. [البنية ١٤٩/١٣]

الأموال: ولهذا يكفن من ماله، ويقضى ديونه من ماله. (الكفاية) خصم: فيقبل بينة القاتل بحضور الشاهد. لما بيناه: وهو أن القود مشترك بينهما. (البنية) قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". [البنية ١٤٩/١٣] منهما: لأنهما بالشهادة زعما أن القود قد سقط، وزعمهما يعتسر في حقهما. [الكفاية ١٩٦/٩] لأنهما يجبران: تعليل لقوله: فشهادتهما باطلة. [العناية ١٩٦/٩]

معناه: إذا صدَّقهما وحده؛ لأنه لما صدَّقهما، فقد أقرَّ بثلاثي الدية لهما، فصَحَّ أقراره إلا أنه يدَّعي سقوطَ حقِّ المشهود عليه، وهو ينكر، فلا يصدق ويغرم نصيبه، وإن كَذَّبهما: ^{المشهود عليه} فلا شيء لهما، وللآخر ثلثُ الدية معناه: إذا كَذَّبهما القاتل أيضاً؛ وهذا لأنهما أقرَّا على أنفسهما بسقوط القصاص قُبُل، وادعيا انقلاب نصيبهما مالا، فلا يقبل إلا بحجة، وينقلب نصيب المشهود عليه مالا؛ لأن دعواهما العفوَ عليه، وهو منكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه؛ لأن سقوط القود مضاف إليهما، وإن صدَّقهما

إذا صدَّقهما وحده: أي صدَّقهما القاتل وحده وكَذَّبهما المشهود عليه في شهادتهما بعفو الثالث، وإنما قيد بهذا؛ لأنه إذا صدَّقهما القاتل، والمشهود عليه يضمن القاتل ثلثي الدية للشاهدين لا غير؛ لأنهما ادعيا على القاتل المال، وصدَّقهما القاتل فيه، ولا يضمن للمشهود عليه شيئاً؛ لأنه أقر بالعفو حيث صدق الشاهدين. (الكفاية) وإن كَذَّبهما: أي المشهود عليه، معناه: إذا كَذَّبهما القاتل أيضاً، وإنما قيد بهذا؛ لأنه إذا صدَّقهما القاتل عند تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهما أثلاثاً؛ وذلك لأنهما بالشهادة أقرّا بسقوط القصاص، وانقلاب نصيبهما مالا، وقد أقر القاتل بذلك على تقدير تصديق القاتل، فلزمه ثلثا الدية لهما، وثلث الدية للمشهود عليه؛ لأنه ما أقر بسقوط القصاص، وإنما سقط القصاص بإقرار غيره. [الكفاية ٩/١٩٧]

القاتل أيضاً: والمشهود عليه أيضاً. [البنية ١٣/١٥٠] وإن صدَّقهما: [بأن قال: عفوت عليه، والقاتل يقول: ما عفا عني] يعني وكَذَّبهما القاتل غرم القاتل للمشهود عليه ثلث الدية؛ لإقراره له بذلك، وفي بعض النسخ: ولكنه يصرف ذلك إلى الشاهدين، وهذا استحسان، والقياس أن لا يلزمه شيء؛ لأن ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت؛ لإنكاره، وما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه، وجه الاستحسان: أن القاتل بتكذيبه للشاهدين أقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه أن القصاص سقط بدعواهما العفو عن الثالث وانقلب نصيبه مالا. والثالث لما صدق الشاهدان في العفو، فقد زعم أن نصيبهما انقلب مالا، فصار مقرراً لهما بما أقر به القاتل، فيجوز إقراره بذلك بمنزلة ما لو أقر لرجل بألف درهم، فقال المقر له: هذه الألف ليست لي، ولكنها لفلان جاز، وصار الألف لفلان كذا هذا. [العناية ٩/١٩٧]

المشهدود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهدود عليه؛ لإقراره له بذلك. قال: وإذا شهد المشهدود أنه ضربه، فلم يزل صاحب فراش حتى مات: فعليه القود إذا كان عمداً؛ لأن الثابت بالشهادة كالثابت معاينةً، وفي ذلك القصاص على ما بيناه، والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه؛ لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات، وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جارح. قال: وإذا اختلف شاهدا القتل في الأيام، أو في البلد، أو في الذي كان به القتل، فهو باطل؛ لأن القتل لا يعاد ولا يكرر، والقتل في زمان، أو في مكان غير القتل في زمان أو مكان آخر، والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح؛ لأن الثاني عمد، والأول شبه العمد، ويختلف أحكامهما، فكان على كل قتل شهادة فرد. وكذا إذا قال أحدهما: قتله بعضاً، وقال الآخر: لا أدري بأي شيء قتله، فهو باطل؛ لأن المطلق يغير المقيد.

غرم القاتل إلخ: لأنه أنكر عفو المشهدود عليه بعد انقلاب القصاص مالا بشهود صاحبه. [الكفاية ١٩٧/٩] قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية) صاحب فراش: يعني لم يحصل له البرء أصلاً. (البنية) عمداً: احترز به عن الخطأ. (العناية) بالشهادة: أي لأن العمد الثابت بالشهادة كالعمد الثابت معاينة. إذا شهدوا إلخ: لأنه إذا لم يكن كذلك لا يجب القود عند أبي حنيفة ﷺ كما تقدم. [العناية ١٩٨/٩] بشيء جارح: كالسيف وما يجري مجراه، وإنما أول بالجراح؛ لتكون المسألة مجمعة عليها. (الكفاية) قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". [البنية ١٥٢/١٣] في الأيام: بأن شهد أحدهما أن القتل كان في يوم الخميس، وشهد الآخر أنه كان في يوم الجمعة. (الكفاية) أو في البلد: بأن شهد أحدهما أن القتل في بلد كذا، وشهد الآخر أنه كان في بلد آخر. (الكفاية) يغير المقيد [فإن المطلق يوجب الدية في ماله، والمقيد بالعصا على العاقلة. (العناية)] لأنه يحتمل أن يكون عمداً، ويحتمل أن يكون شبه عمد، ويحتمل أن يكون خطأ، والقتل بالعصا شبه عمد، فلم يثبت الاتفاق في المشهدود به، والاتفاق شرط. [الكفاية ١٩٨/٩]

قال: وإن شهدا أنه قتله، وقالوا: لا ندري بأي شيء قتله: ففيه الدية استحساناً، والقياس: أن لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن القتل يختلف باختلاف الآلة، فجهل المشهود به، وجه الاستحسان: أنهم شهدوا بقتل مطلق، والمطلق ليس بمحمل، فيجب أقلُّ موجه وهو الدية، ولأنه يحمل إجماعهم في الشهادة على إجماعهم بالمشهود عليه سترًا عليه، وأولوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد بإطلاقه في إصلاح ذات البين، فلا يكونون فسقة

قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية) ففيه الدية: لأن أحدهما شهد بقتل معلوم لا بوجوب القصاص، والآخر بقتل مجهول، فلم يتفقا على قتل واحد، فإذا كان كذلك فعليه الدية. [البنية ١٣/١٥٢] والمطلق ليس بمحمل: [فإن المطلق ما يدل على ذات مبهمة، والمحمل ما ازدحت فيه المعاني]. فإن المطلق ممكن العمل، ألا ترى أن الله تعالى أوجب الكفارة بتحرير رقبة مطلقة، ووجب العمل به، ولو كان مجملًا لما وجب العمل به. [الكفاية ٩/١٩٨-١٩٩]

ولأنه يحمل إجماعهم إلخ: فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى: ﴿وَيَوْمَ تَقُومُ السَّاعَةُ يُقْسِمُ الْمُجْرِمُونَ مَا لَبِثُوا غَيْرَ سَاعَةٍ﴾، فإن الأول بمعنى الإهمام، والثاني بمعنى الضيع، وهو الإحسان، وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان، وهو أن يقال الشهود في قولهم: لا ندري بأي شيء قتله، إما صادقون، أو كاذبون؛ لعدم الوساطة بين الصدق والكذب، وعلى كلا التقديرين يجب أن لا تقبل شهادتهم؛ لأنهم إن صدقوا امتنع القضاء بها؛ لاختلاف موجب السيف والعصا، وإن كذبوا فكذلك؛ لأنهم صاروا فسقة، ووجه ذلك: أنهم جعلوا عالمين بأنه قتله بالسيف والعصا إلخ. [العناية ٩/١٩٩]

على إجماعهم إلخ: أي إحسانهم في حقه بالستر عليه. (الكفاية) وأولوا إلخ: أي الشهود أولوا قولهم: لا ندري مع أنهم يعلمون بظاهر ما ورد من الحديث بإطلاق الكذب بإطلاقه، أي بتجويز الكذب في إصلاح ذات البين، وهو قوله عليه السلام: "ليس بكذاب من يصلح بين اثنين". [الكفاية ٩/١٩٩] بإطلاقه [بإطلاق الكذب بتجويزه]: يحتمل أن يرجع الضمير إلى ما هو الحديث الوارد في حل الكذب في إصلاح ذات البين، والأصح أن يرجع إلى الكذب. ذات البين: ذات الشيء لنفسه وحقيقته، والمراد ما أضيف إليه، ومنه إصلاح ذات البين أي إصلاح أحوال بينكم، حتى تكون أحوال ألفه ومحبة.

وهذا في معناه فلا يثبت الاختلافُ بالشك، وتجب الديةُ في ماله؛ لأن الأصل في الفعل العمدُ، فلا يلزم العاقلة. قال: وإذا أقرَّ رجلان كلُّ واحد منهما أنه قتل فلاناً، فقال الولي: قتلتماه جميعاً، فله أن يقتلهما. وإن شهدوا على رجل أنه قتل فلاناً وشهد آخرون على آخر بقتله، وقال الولي: قتلتماه جميعاً: بطل ذلك كله، والفرق: أن الإقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجودَ كلِّ القتل، ووجوب القصاص، وقد حصل التكذيبُ في الأول من المقرِّ له. وفي الثاني من المشهود له، غير أن الوجه الأول الوجه الأول

تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به لا يبطل إقراره في الباقي، وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلاً؛ لأن التكذيب تفسيق، وفسق الشاهد يمنع القبول، أما فسق المقر لا يمنع صحة الإقرار.

فيصح إقرارهما

في معناه: أي ستر الشاهد على للمشهود عليه ما يوجب القتل في معنى إصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب ههنا كما أن الإصلاح مندوب هناك، فكان ورود الإطلاق والتجويز هناك وروداً هنا. [الكفاية ١٩٩/٩ - ٢٠٠]

الاختلاف [أي اختلاف الفعل والآلة] إلخ: يعني إذا احتمل أن يكونوا عالمين، وأجملوا، واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك، والاختلاف لا يثبت بالشك. [العناية ٢٠٠/٩]

قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية) قتلتماه إلخ: أما لو قال: صدقتهما في هذه الصورة لا يقتل واحد منهما ذكره التمرتاشي ﷺ. [البنية ١٣/١٥٤] ما أقر به: قيد البعض؛ لأن تكذيب المقر له في كل ما أقر به رد لإقراره، فيبطل به. [الكفاية ٢٠٠/٩] لا يبطل إقراره إلخ: فإن من أقر بألف درهم، وصدقه المقر له في النصف يصح الإقرار فيما صدقه. [العناية ٢٠٠/٩] القبول: فلا يقبل شهادتهما.

باب في اعتبار حالة القتل

قال: ومن رمى مسلماً، فارتد المرمي إليه - والعياذ بالله - ثم وقع به السهم: فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: لا شيء عليه؛ لأنه بالارتداد أسقط تقوّم نفسه، فيكون مبرئاً للرامي عن موجهه، كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت. وله: أن الضمان يجب بفعله، وهو الرمي؛ إذ لا فعل منه بعده، فتعتبر حالة الرمي والرمي إليه فيها متقوّم، ولهذا تعتبر حالة الرمي في حق الحلّ حتى لا يُحرّم برودة الرامي بعد الرمي، وكذا في حق التكفير، حتى جاز بعد الجرح قبل الموت، والفعل وإن كان عمداً،

قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". (البنية) فيكون مبرئاً إلخ: لأن من له الحق متى أخرج المتقوّم عن التقوّم يصير مبرئاً للضامن عن الضمان كالغصوب منه إذا اعتق المغصوب يصير مبرئاً للغاصب عن الضمان. [الكفاية ٢٠١/٩] موجهه: أي موجب القتل سقوط عصمة نفسه. [البنية ١٥٦/١٣] كما إذا أبرأه: أي أبرأ الرامي عن الجناية أو حقه بعد الجرح أي انعقاد سببه، وهو الرمي. (العناية) ولهذا: أي ولأجل اعتبار حالة الرمي. (البنية) حالة الرمي إلخ: أي إذا رمى صيداً، ثم ارتد - والعياذ بالله - ثم أصاب، فإن رده بعد الرمي لا تحرم؛ لأن فعله ذكاة شرعاً، وقد تم موجباً للحل بشرطه وهو التسمية. (العناية) وكذا في حق إلخ: أي إذا كانت الجناية خطأ، فكفر بعد الرمي قبل الإصابة، فإنه صحيح، وهذه العبارة أنسب مما قاله المصنف: حتى جاز بعد الجزع قبل الموت؛ لإمكان اعتبار وقت الإصابة هناك. [العناية ٢٠١/٩] جاز بعد الجرح إلخ: والجرح سبب الموت، فصار كأنه قتله حين جرحه، والرمي سبب الجرح، فيصح التكفير قبل الإصابة أيضاً، وفي شرح "الجامع الصغير" لقاضي خان: فيصير قاتلاً من وقت الرمي، ولهذا لو كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمي قبل الإصابة صح تكفيره. [الكفاية ٢٠٢/٩] والفعل إلخ: أي فإن قيل: إن كان مذكروكم صحيحاً بجميع مقدماته، والفعل عمد، فالواجب القصاص، أجب بقوله: والفعل وإن كان إلخ. [العناية ٢٠١/٩]

فالقود سقط للشبهة، ووجب الدية، ولو رمى إليه، وهو مرتد، فأسلم ثم وقع به السهم: فلا شيء عليه في قولهم جميعاً، وكذا إذا رمى حريباً، فأسلم؛ لأن الرمي ما انعقد ^{أي لا شيء عليه} موجباً للضمان؛ لعدم تقوّم المحل، فلا ينقلب موجباً لصيرورته متقوماً بعد ذلك. قال: وإن رمى عبداً فأعتقه مولاه، ثم وقع السهم ^{فما} به: فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة رحمته، وقال محمد رحمته: عليه فضل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرمي، وقول أبي يوسف رحمته مع قول أبي حنيفة رحمته: له: أن العتق قاطع للسراية، وإذا انقطعت: بقي مجرد الرمي، وهو جناية يُنتقص بها قيمة المرمي إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمي، فيجب ذلك، ولهما: أنه يصير قاتلاً من وقت الرمي؛ لأن فعله الرمي، الرامي

للشبهة: يعني الشبهة الناشئة من اعتبار حالة الإصابة. [العناية ٢٠١/٩] فأسلم: ثم وقع به السهم لا يجب شيء. (البنية) قال: أي محمد رحمته في "الجامع الصغير". (البنية) عليه فضل إلخ: بيانه: أن قيمته إن كانت قبل الرمي ألف درهم، وبعد الرمي ثمان مائة درهم لزمه مائتا درهم. [البنية ١٥٧/١٣] له: أي لمحمد رحمته كما إذا قطع يد عبد، أو جرحه ثم أعتقه المولى، ثم سرى فالعتق يقطع السراية، حتى لا يجب بالسراية بعد العتق شيء، أي لا يضمن دية ولا قيمة، وإنما يضمن النقصان، فكذلك ههنا؛ وهذا لأن توجه السهم عليه أوجب إشرافه على الهلاك فصار ذلك كالجرح الواقع به. [الكفاية ٢٠٢/٩]

قاطع للسراية: لاشتباة من له الحق؛ لأن المستحق حال ابتداء الجناية المولى، وحال الإصابة العبد لحريته، فصار العتق بمنزلة البرء. [العناية ٢٠٢/٩] ذلك: أي فضل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرمي. [البنية ١٥٧/١٣] يصير قاتلاً إلخ: وهو ظاهر على مذهب أبي حنيفة رحمته، وأما أبو يوسف رحمته فيحتاج إلى الفرق بين هذه وبين ما إذا رمى مسلماً، فارتد- والعياذ بالله- قبل الإصابة حيث اعتبر هناك حالة الإصابة، وههنا حالة الرمي، وهو أن المرمي إليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوماً، والضمان يعتمد العصمة، فلا يجب الضمان بالمنافي، وأما الإعتاق؛ فإنه لا ينافي العصمة، فيجب عليه ضمان قيمته للمولى، ومن هذا يعلم أن أبا يوسف رحمته يعتبر وقت الرمي، إلا في صورة الارتداد. [العناية ٢٠٢/٩]

وهو مملوك في تلك الحالة، فتجب قيمته، بخلاف القطع والجرح؛ لأنه إتلافٌ ^{حالة الرمي} بعض المحل، وأنه يوجب الضمان للمولى، وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد، فتصير النهاية مخالفة للبداية. أما الرمي قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء منه؛ لأنه لا أثر له في المحل، وإنما قلَّت الرغبات فيه، فلا يجب به ضمان، فلا تتخالف ^{العبد} النهاية والبداية، فتجب قيمته للمولى، ^{العبد}

مملوك: فيعتبر قيمته يومئذ. (الكفاية) فتجب قيمته: لأن الفعل انعقد من الابتداء موجباً للقيمة، فلا يتغير باعتراض الحرية. [الكفاية ٢٠٢/٩] بخلاف القطع إلخ: جواب عما ذكرنا لمحمد ﷺ من صورة الجرح والقطع استشهداً على قطع السراية، وتحقيقه: أن العتق فيها يوجب قطع السراية لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها، فإن ذلك بمنزلة تبدل المحل، ولا نسلم تحققه في المتنازع فيه؛ لأن الرمي قبل الإصابة إلخ. [العناية ٢٠٣/٩] لأنه [أي لأن كل واحد من القطع والجرح. (البنية)] إتلاف إلخ: لأنه اتصل الفعل بالمحل، وتأثر به المحل، وأنه يوجب الضمان للمولى، وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد، فيلزم مخالفة نهاية الفعل بدائته، فلا بد من أن يجعل العتق قاطعاً للسراية بهذه الضرورة، ولا ضرورة في الرمي؛ لأنه لا أثر له في المحل قبل الوصول، وإنما يقل الرغبات فيه، فلا يجب به ضمان، فلا يلزم المخالفة في البداية والنهاية في استحقاق الضمان، فيجب القيمة للمولى. ومحمد يحتاج إلى الفرق أيضاً، فإنه لم يعتبر هنا لا حالة الرمي، ولا حالة الإصابة، وفيما تقدم مع أبي يوسف ﷺ. لمحمد ﷺ أن نهاية الجناية مخالفة لابتدائها فلا يمكن اعتبارهما معاً؛ لأن ذلك يوجب أن يكون الواجب مشتركاً بين المولى والعبد والفعل لم ينعقد موجباً لهذا، ولا اعتبار أحدهما دون الآخر، فيصار إلى ما ذكر من اعتبار الفصل، بخلاف الأول، فإنه بالارتداد يكون مبرئاً، فيسقط الضمان. [الكفاية ٢٠٢/٩-٢٠٣] يوجب الضمان إلخ: لأنه ورد على محل مملوك له.

فتصير النهاية إلخ: فيعتبر ذلك كبديل المحل وعند تبدله لا تتحقق السراية كذا هنا. (البنية) في المحل: لعدم إصابته إلى المحل. (البنية) فتجب قيمته إلخ: بخلاف الجرح، فإن هناك اتصل بالمحل ووجب الجرح للمولى في الحال، وعند السراية لو قلنا بوجود ضمان النفس كان ذلك للعبد الميت، فخالفت النهاية البداية، فكذلك قطع العتق السراية. [البنية ١٥٨/١٣]

وزفر رحمته وإن كان يخالفنا في وجوب القيمة نظراً إلى حالة الإصابة، فالحجة عليه ما حققناه. قال: ومن قُضي عليه بالرجم، فرماه رجل ثم رجع أحدُ الشهود، ثم وقع به السهم، فلا شيء على الرامي؛ لأن المعتبر حالة الرمي، وهو مباحُ الدم فيها، وإذا رمى المجوسيُّ صيداً، ثم أسلم، ثم وقعت الرمية بالصيد: لم يؤكل، وإن رماه وهو مسلم، ثم تمجَّس - والعياذ بالله -: أكل؛ لأن المعتبر حال الرمي في حق الحلِّ والحرمه؛ صار مجوسياً إذ الرمي هو الذكاة، فتعتبر الأهلية، وانسلاهما عنده. ولو رمى المُحرَّمُ صيداً، ثم حلَّ، سقوط الأهلية أي عند الرمي فوقع الرمية بالصيد: فعليه الجزاء، وإن رمى جلالاً صيداً، ثم أحرم، فلا شيء عليه؛ غير محرم لأن الضمان إنما يجب بالتعدّي، وهو رمية في حالة الإحرام، وفي الأول هو محرم وقت الرمي، وفي الثاني حلال، فلهذا افترقا، والله أعلم بالصواب.

وجوب القيمة: أي يجب الدية عنده نظراً إلى حالة الإصابة. (الكفاية) حالة الإصابة: فإنه حر في حالة الإصابة. حققناه: أنفاً من أنه يصير قاتلاً من وقت الرمي. قال: أي محمد صلى الله عليه وسلم في "الجامع الصغير". [البنية ١٣/١٥٩] فلا شيء على إلخ: ففي هذه المسائل كلها يعتبر حالة الرمي بالإجماع، فظهر من هذا أن المعتبر حالة الرمي عندهما أيضاً، إلا أن الرمي إليه فيما إذا رمى مسلماً فارتد، ثم أصابه صار ميراثاً للرامي عن ضمان الجناية، فلم يجب شيء بخلاف هذه المسائل. [الكفاية ٩/٢٠٣-٢٠٤]

كتاب الديّات

قال: وفي شبه العمد ديةٌ مغلظةٌ على العاقلة، وكفّارةٌ على القاتل، وقد بيّناه في القدوري

أول الجنایات. قال: وكفّارته عتقُ رقبة مؤمنة؛ لقوله تعالى: ﴿وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ ^{القدوري شبه العمد}

الآية، فإن لم يجد: فصيامُ شهرين متتابعين بهذا النص، ولا يجزئ فيه الإطعام؛ لأنه ^{شبه العمد}

لم يرد به نص، والمقادير تعرف بالتوقيف، ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء، ^{المقدرات الشرعية} ^{بتوقيف الشارع} ^{النص}

أو لكونه كل المذكور على ما عرف. ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم؛ لأنه مسلم به، ^{الصيام} ^{في اصول الفقه}

والظاهرُ بسلامة أطرافه، ولا يجزئ ما في البطن؛ لأنه لم تعرف حياته ولا سلامته. ^{بأحد أبويه} ^{نفساً} ^{أطرافاً}

كتاب الديّات: قدم القصاص؛ لأنه الأصل، وصيانة الحياة والأنفس فيه أقوى، والدية كالحلف له ولهذا تجب بالعوارض كالخطأ، وما في معناه. (رد المحتار) ديةٌ: الدية لغةً: مصدر من ودي القاتل المقتول إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس، ثم قيل للمال الذي هو بدل النفس: الدية تسمية بالمصدر، والأرش اسم للواجب على ما دون النفس. [الكفاية ٦٠٤/٩] بيّناه: أي بينا شبه العمد. [الكفاية ٦٠٥/٩]

جعل المذكور: استدلال من الآية بوجهين آخرين: أحدهما: بالنظر إلى الفاء؛ وذلك لأن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء؛ إذ لو لم يكن كذلك لالتبس، فلا يعلم أنه هو الجزاء، أو بقي شيء، ومثله مغل، ألا ترى أنه لو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، وفي نيته أن يقول: وعنده حر، ولكنه لم يقل: لا يكون الجزاء إلا المذكور؛ فلا يختل الفهم، والآخر بالنظر إلى المذكور يعني لو كان الغير مراداً لذكره؛ لأنه موضع الحاجة إل البيان. [العناية ٢٠٥/٩-٢٠٦] ويجزئه: أي يجزئ الذي عليه عتق رقبة إعتاق. [البنية ١٦١/١٣]

مسلم: قيد به؛ لأنه لو كانا كافرين لم يجزه. [البنية ١٦١/١٣] لأنه مسلم به: لأن شرط هذا الإعتاق الإسلام، وسلامة الأطراف، والأول يحصل بإسلام أحد الأبوين، والثاني بالظهور؛ إذا الظاهر سلامة أطرافه. [العناية ٢٠٦/٩] لا يقال: بأن الإيمان منصوب عليه، فيعتبر الكمال كما قلنا في قبض الهبة: لأننا نقول: ذلك فعل حسي، وهذا وصف. [الكفاية ٢٠٦/٩]

قال: وهو الكفارة في الخطأ؛ لما تلوناه، وديته عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله مائة من الإبل أربعاً: خمس وعشرون بنت مخاص، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة، وقال محمد والشافعي رحمهما الله: أثلاثاً: ثلاثون جذعة، وثلاثون حقة، وأربعون ثنية^{الثنية} كلها خلفات في بطونها أولادها؛ لقوله عليه السلام: "ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا، وفيه مائة من الإبل: أربعون منها في بطونها أولادها"، وعن عمر رضي الله عنه ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة،** ولأن دية شبه العمد أغلظ،^{أشد}

وهو الكفارة: أي عتق رقبة مؤمنة الذي ذكرناه في شبه العمد، هو الكفارة في الخطأ. [الكفاية ٢٠٦/٩] لما تلوناه: يعني قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾. [العناية ٢٠٦/٩] بنت مخاض: هي التي طعت في السنة الثانية، سميت بها؛ لأن أمها صارت ذات مخاض بأخرى. (البنية) بنت لبون: وهي التي طعت في السنة الثالثة، سميت بها؛ لأن أمها تلد أخرى، ولبون ذات لبن. (البنية) حقة: وهي التي طعت في السنة الرابعة، وحق لها أن تركب وتحمل. [البنية ١٦٢/١٣]

جذعة: وهي التي طعت في السنة الخامسة، سميت به؛ لمعنى في أسنانها يعرفه عند أرباب الإبل، وهي أكبر سن يؤخذ في الزكاة. (البنية) ثنية: هي التي طعت في السنة السادسة. [البنية ١٦٢/١٣] خلفات: الخلفة الحامل من النوق. [الكفاية ٢٠٦/٩] أغلظ: يعني من دية الخطأ المحض، فإن الإبل فيه تجب أحساساً، وذلك أي كونه أغلظ فيما قلنا؛ لأننا نقول: أثلاثاً، وأنتم تقولون: أربعاً. [العناية ٢٠٧/٩]

*تقدم في الجنايات رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه من حديث عبد الله بن عمر، وصححه ابن القطان في كتابه. [نصب الراية ٣٥٦/٤]

**أخرجه أبو داود في سننه عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ خطب يوم الفتح فقال: ألا إن كل مائرة كانت في الجاهلية من دم أو مال تذكر وتدعى تحت قدمي إلا ما كان من سقاية الحاج وسدانة البيت، ثم قال: ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها. [رقم: ٤٥٨٨، باب في دية الخطأ شبه العمد]

وذلك فيما قلنا. ولهما: قوله عليه السلام: "في نفس المؤمن مائة من الإبل"،* وما رواه غيرُ ثابت؛ لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ، وابن مسعود رضي الله عنه. قال: بالتغليظ أربعاً كما ذكرنا،** وهو كالمرفوع، فيعارض به. قال: ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة؛
قول ابن مسعود القدوري

قوله عليه السلام: وجه الاستدلال: أن الثابت منه عليه السلام هذا، وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ، ولا بد منه بالإجماع، وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ، فإن عمر وزيداً وغيرهما قالوا: مثل ما قال محمد والشافعي. وقال علي رضي الله عنه: يجب أثلاثاً ثلاثة وثلاثون حقة، وثلاثة وثلاثون جذعة، وأربعة وثلاثون خلفه، وقال ابن مسعود رضي الله عنه مثل ما قلنا، ولم تجر الحاجة بما روى محمد والشافعي رضي الله عنهما بينهم، ولو كان ما رواه صحيحاً لجزت. وأوقع الاتفاق بينهم، فعلم أن ما رواه غير ثابت، وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ مثل ما قلنا، ولا مدخل للرأي في تقديرات الشرع، فلا بد من أن يكون ما قال ابن مسعود رضي الله عنه مسموعاً له، فصار ما قال ابن مسعود كالمرفوع، فيعارض ما رواه محمد والشافعي رضي الله عنهما؛ لقول ابن مسعود رضي الله عنه، وإذا تعارض الخبران كان الأخذ بالمتيقن أولى وهو الأدق، وهو ما قلنا فتدبر.

وهو: [أي الذي قال ابن مسعود رضي الله عنه]. كالمرفوع: لأن الرأي لا مدخل له في المقادير. [البنابة ١٦٤/١٣] في الإبل خاصة: يعني لا يزداد في الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم أو ألف دينار، وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح: تغلظ في النوعين الأخيرين أي الدراهم والدنانير، بأن ينظر إلى قيمة أسنان الإبل في دية الخطأ، وإلى قيمة أسنان الإبل شبه العمد، فما زاد على أسنان دية الخطأ يزداد على عشرة آلاف درهم إن كان الرجل من أهل الورق ويزاد على ألف دينار إن كان من أهل الذهب؛ لأن التغليظ في شبه العمد شرع في الإبل بزيادة جناية وجدت منه، ولم توجد في الخطأ، وهذا المعنى موجود في الحجرين، فيجب التغليظ فيهما. [العناية ٢٠٧/٩]

*تقدم في الزكاة في كتاب عمرو بن حزم قال: وإن في نفس المؤمن مائة من الإبل رواه ابن حبان في صحيحه. [نصب الراية ٣٥٧/٤]

** أما حديث ابن مسعود رضي الله عنه فأخرجه أبو داود عن علقمة والأسود قالوا: قال عبد الله: في شبه العمد خمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة، وخمس وعشرون بنات لبون، وخمس وعشرون بنات مخاض. [رقم ٤٥٥٢، باب في دية الخطأ شبه العمد] وأما اختلاف الصحابة فمنه ما أخرجه أبو داود عن أبي عياض عن عثمان بن عفان وزيد بن ثابت في المغلظة أربعون جذعة خلفه، وثلاثون حقة، وثلاثون بنات لبون، =

لأن التوقيف فيه، فإن قضى بالدية في غير الإبل: لم يتغلظ؛ لما قلنا. قال: ^{من الشارع} ^{الإبل} وقتل الخطأ ^{من الشارع} ^{الإبل} تجب به الدية على العاقلة، والكفارة على القاتل؛ لما بينا من قبل. قال: ^{القنوري} والدية في الخطأ مائة من الإبل أخماساً: عشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون ابن مخاض، وعشرون حقة، وعشرون جذعة، وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه، وإنما أخذنا نحن، والشافعي به؛ لروايته أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتل خطأ أخماساً*.

لأن التوقيف فيه: يعني أن التغلظ في الإبل ثبت توقيفاً، فلا يثبت في غيره قياساً؛ كيلا تبطل المقدار الثابت بصريح النص بالدلالة. (العناية) لما قلنا: إشارة إلى قوله: لأن التوقيف فيه. (العناية) من قبل: يعني في أول كتاب الجنایات. [العناية ٢٠٧/٩]

= وفي الخطأ ثلاثون حقة، وثلاثون بنت لبون، وعشرون بني لبون ذكور عشرون بنات مخاض. [رقم ٤٥٥٢، باب في دية الخطأ شبه العمد وأبو عياض ثقة احتج به البخاري في صحيحه] [نصب الرأية ٣٥٦/٤] * أخرجه أصحاب السنن الأربعة. [نصب الرأية ٣٥٧/٤] أخرج أبو داود في سننه عن حجاج بن أرطاة عن زيد بن جبير عن خثيف بن مالك الطائي عن عبد الله بن مسعود قال رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في دية الخطأ: عشرون حقة، وعشرون جذعة، وعشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون بني مخاض ذكر. [رقم ٤٥٤٥، باب الدية كم هي] وأطال الدار قطني الكلام عليه ملخصه أنه قال: هذا حديث ضعيف غير ثابت عند أهل المعرفة بالحديث من وجوه أحدها: أنه مخالف لما رواه أبو عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن أبيه بالسند الصحيح عنه الذي لا مطعن فيه ولا تأويل عليه، الوجه الثاني أن هذا الخبر المرفوع الذي فيه ذكر بني المخاض لا تعلمه رواه عنه إلا خشف بن مالك عن ابن مسعود وهو رجل مجهول لم يروه عنه إلا زيد بن جبير بن حرميل الجشمي، الوجه الثالث أن خير خشف بن مالك لا يعلم أخذ رواه عن زيد بن جبير إلا حجاج بن أرطاة وهو رجل مشهور بالتدليس. [نصب الرأية ٣٥٨/٤-٣٥٩].

وقال ابن الجوزي في التحقيق: أبو عبيدة لم يسمع من أبيه فكيف جاز للدار قطني أن يسقط ذكر هذا، وخشف وثقه النسائي وابن حبان وزيد بن جبير وثقه ابن معين وغيره أخرجا له في الصحيحين. [البنية ١٦٤/١٣] والجواب عن الأول أن أبا عبيدة اختلف عليه أيضاً، وكذلك اختلف على إبراهيم أيضاً، والجواب عن الثاني أن خشف بن مالك وثقه النسائي، وذكره ابن حبان في ثقات التابعين، ورواية الواحد غير مضر؛ =

على نحو ما قال، ولأن ما قلناه أخف، فكان أليقَ بحالة الخطأ؛ لأن الخاطئء معذور،
غير أن عند الشافعي رحمته الله يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض، والحجة عليه ما
رويناه. قال: ومن العين ألف دينار، ومن الورق عشرة آلاف درهم، وقال الشافعي رحمته الله:
من الورق اثنا عشر ألفاً؛ لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك.*
القُدوري يعني الذهب القضة يعني وزن سبعة

نحو ما قال: أي ابن مسعود رضي الله عنه، وعن علي رضي الله عنه أنه أوجب أربعاً وخمسة وعشرون بنت مخاض، وخمسة وعشرون بنت لبون، وخمسة وعشرون حقة، وخمسة وعشرون جذعة، والمقادير لا تعرف إلا سماعاً، لكن ما قلناه أخف، فكان أولى بحال الخطأ إلخ. [العناية ٢٠٧/٩-٢٠٥] غير أن إلخ: استثناء من قوله: أخذنا نحن والشافعي به. [البنية ١٦٦/١٣] ما روينا: وهو رواية ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتل قتل خطأ أحماساً على نحو ما قال بإقامة ابن مخاض مكان ابن لبون. [الكفاية ٢٠٨/٩] بذلك: في رجل من بني عدي قتل، أي باثني عشر ألفاً. [البنية ١٦٦/١٣]

= لأن الرجل منى كان ثقته يقبل قوله واشتراط المحدّثين أن بروي عنه اثنتان لا وجه له كذا قال ابن الجوزي والجواب عن الثالث أن التليس ليس يجرح عندنا والجواب عن الرابع أن الحجاج ثقة عندنا، بالجملة رواية ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم بأن دية الخطأ أحماس عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت لبون وعشرون بنات مخاض وعشرون بنو مخاض ثابتة وهو مذهبه المشهور عنه ولا يقدر فيه كلام الدار قطنى وهو أحوط وأنسب بقتل الخطأ من سائر المذاهب ولذا اختاره أصحابنا. [إعلاء السنن ١٨/١٤٧، ١٤٦، ١٤٥]

* أخرج أصحاب السنن الأربعة. (نصب الراية) أخرجه أبو داود في سننه عن محمد بن مسلم عن عمرو بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس أن رجلاً من بني عدي قتل، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم ديته اثني عشر ألفاً. [رقم ٤٥٤٦، باب الدية كم هي] وقال الترمذي: لا نعلم أحداً يذكر في هذا الاسناد ابن عباس غير محمد بن مسلم - ومحمد بن مسلم هذا هو الطائفي أخرج له البخاري في المبيعة، ومسلم في الاستشهاد، ووثقه ابن معين وقال إذا حدث من حفظه يخطئ وإذا حدث من كتابه فلا بأس به وضعفه أحمد، وقال النسائي: الصواب مرسل وقال ابن حبان: المرسل أصح، وقال ابن أبي حاتم في علله: قال أبي: المرسل أصح. [نصب الراية ٣٦١/٤]

ولنا: ما روي عن عمر رضي الله عنه: "أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم"، * وتأويل ما روي أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة، وقد كانت الدراهم كذلك. قال: ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: القدوري منها ومن البقر مائتا بقرة، ومن الغنم ألفا شاة، ومن الحلل مائتا حلة، كل حلة ثوبان؛ هذه الثلاثة

قضى بالدية إلخ: فتعارضنا فيحتاج إلى تأويل، وذكر المصنف تأويل ما ذكره الشافعي رحمته الله أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة، وقد كانت الدراهم كذلك إلى عهد عمر رضي الله عنه، فأبطل عمر ذلك الوزن. [العناية ٢٠٨/٩] وزن ستة: أي وزن ستة مثاقيل، فإن في ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان وزن الدراهم وزن ستة، ثم صار وزن سبعة. (البنابة) وقد كانت كذلك: أي وزن ستة إلى عهد عمر رضي الله عنه، ثم صار وزن سبعة كما ذكرنا. [البنابة ١٦٧/١٣] فيه بحث، وهو أنه قال: روي عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بعشرة آلاف درهم ثم قال: وقد كانت الدراهم كذلك، يعني إلى عهد عمر رضي الله عنه، وذلك تناقض، والجواب أن المنقول كان في ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزن الدراهم وزن ستة، ثم صار وزن سبعة، وعلى هذا يجوز أن يكون في آخر عهده صلى الله عليه وسلم يؤخذ من الدراهم وزن سبعة أيضاً، ولا تناقض حيثئذ. [العناية ٢٠٨/٩]

ومن البقر إلخ: وقيل في تفسير ذلك: قيمة كل بقرة خمسون درهماً، وقيمة كل شاة خمسة دراهم، قيمة كل حلة خمسون درهماً،.... وفائدة هذا الاختلاف إنما تظهر فيما إذا صالح القاتل مع ولي القتيل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة رحمته الله على ما هو المذكور في كتاب الديات يجوز كما لو صالح على أكثر من مائتي فرس، وعلى قولهما: لا يجوز كما لو صالح على أكثر من مائة من الإبل. [العناية ٢٠٩/٩] كل حلة ثوبان: الحلة: إزار ورداء، وهو المختار، وقيل: في ديارنا قميص وسراويل كما في "النهاية". [الكفاية ٢٠٩/٩]

* غريب. [نصب الراية ٣٦٢/٤] وروى محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم عن عامر الشعبي عن عبيدة السلماني عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: على أهل الورق من الدية عشرة آلاف درهم، وعلى أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل البقر مائتا بقرة، وعلى أهل الإبل مائة من الإبل، وعلى أهل الغنم ألفا شاة وعلى أهل الحلل مائتا حلة قال محمد: وبهذا كله نأخذ، وكان أبو حنيفة رحمته الله يأخذ من ذلك الإبل والدرهم والدنانير. [رقم: ٥٥٤، باب الديات وما يجب على أهل الورق والمواشي]

لأن عمر رضي الله عنه هكذا جعل على أهل كل مال منها. * وله: أن التقدير إنما يستقيم
 بشيء معلوم المالية، وهذه الأشياء مجهولة المالية، ولهذا لا يُقدَّر بها ضمان، والتقدير
 بالإبل عُرِفَ بالآثار المشهورة، البقر والغنم والحلة عدمناها في غيرها، وذكر في المعامل: أنه لو صالح
 على الزيادة على مائتي حلة، أو مائتي بقرة لا يجوز، وهذا آية التقدير بذلك، ثم
 قيل: هو قول الكل، فيرتفع الخلاف، وقيل: هو قولهما.
 أي عدم الجواز

ضمان: أي ضمان شيء مما وجب ضمانه بالإتلاف، أو غيره. (العناية) والتقدير بالإبل: جواب عما
 يقال: فالإبل كذلك. [البنية ١٦٩/١٣] وذكر في المعامل: أي في كتاب المعامل من "المبسوط": أنه لو
 صالح على الزيادة على مائتي حلة إلى قوله: لا يجوز، أورد هذا على طريق الشبهة على قول أبي حنيفة رضي الله عنه
 أي ما ذكر في كتاب المعامل دليل على أن هذه الأصناف في الدية أصول مقدرة عنده كما هي عندهما؛ إذ
 لو كان بدلاً لجاز كما لو صالح على بدل آخر، فأجاب عن الشبهة بوجهين: أحدهما: أنه صحيح رواية
 كتاب المعامل، وقال: لا خلاف بينهم، وأن هذه الأصناف من الأصول المقدرة أيضاً. والثاني: أنه
 لم يصحح الشبهة، وقال: الخلاف فيها ثابت كما هو المذكور في الكتاب، وما ذكر في المعامل نحول
 على قولهما، والجواب عن قضاء عمر رضي الله عنه يحتمل أن عمر رضي الله عنه إنما قضى بذلك بطريق الصلح بعد ما قضى
 بالدرهم أو الدنانير؛ إذ الصلح من الدية على مال آخر جائز. [الكفاية ٢٠٩/٩-٢١٠]
 وهذا آية التقدير: فإن ما هو المقدر شرعاً لا يصح الصلح على الزيادة عليه.

* أخرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: كانت قيمة الدية على عهد رسول الله صلی الله علیه وسلم ثمانمائة
 دينار أو ثمانية آلاف درهم، ودية أهل الكتاب يومئذ النصف من دية المسلمين قال: وكان ذلك كذلك حتى
 استخلف عمر فقام خطيباً فقال: ألا أن الإبل قد غلت قال: ففرجها عمر على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل
 الورق اثني عشر ألفاً، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الشاة ألفي شاة وعلى أهل الحنظل مائتي حلة قال:
 وترك دية أهل الذمة لم يرفع فيما رفع من الدية. [رقم ٤٥٤٢، باب الدية كم هي] [نصب الراية ٣٦٢/٤]
 وفي الباب حديث مرفوع أخرجه أبو داود في سننه عن عطاء بن أبي رباح أن رسول الله صلی الله علیه وسلم قضى في
 الدية على أهل الإبل مائة من الأبل، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الشاة ألفي شاة، وعلى أهل
 الحنظل مائتي حلة. الحديث. [رقم ٤٥٤٣، باب الدية كم هي]

قال: ودية المرأة على النصف من دية الرجل، وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على عليّ عليه السلام، ومرفوعاً إلى النبي عليه السلام، * وقال الشافعي رحمته الله: ما دون الثلث لا يتنصف، وإمامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه، ** والحجة عليه ما روينا له لعمومه، ولأن حالها أنقص من حال الرجل، ومنفعتُها أقل، وقد ظهر أثر النقضان بالتنصيف في النفس،

قال: أي محمد في "الأصل" ولم يذكره في "الجامع"، ولا ذكره القدوري رحمته الله. [البنية ١٦٩/١٣] علي النصف: في النفس وفيما دون النفس. (العناية) موقوفاً: والموقوف في مثله كالرفوع؛ إذ لا مدخل للرأي فيه. [العناية ٢١٠/٩] ما دون الثلث إلخ: أي ما دون ثلث دية الرجل، وللشافعي رحمته الله في الثلث روايتان. [الكفاية ٢١٠/٩] فمن قطع إصبع امرأة عليه عشرة من الإبل، ومن قطع إصبعين عليه عشرون من الإبل، ومن قطع ثلاثة أصابع عليه ثلاثون من الإبل، ومن قطع أربعة أصابع عليه أربعون من الإبل. زيد بن ثابت: وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه يقول: إنما تعاقل الرجل إلى ثلث ديتها، يعني إذا كان الأرض بقدر ثلث الدية، أو دون ذلك، فالرجل والمرأة فيه سواء، فإن زاد على الثلث، فحينئذ حالها فيه على النصف من حال الرجل. [الكفاية ٢١١/٩] حال الرجل: قال الله تعالى: ﴿وَلِلرَّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾. (العناية) ومنفعتُها أقل: لا تتمكن من التزوج بأكثر من زوج. [العناية ٢١٠/٩]

* أما الموقوف فأخرجه البيهقي عن إبراهيم عن علي بن أبي طالب قال: عقل المرأة على النصف من عقل الرجل في النفس وفيما دونها. [٩٦/٨ باب ماجاء في جراح المرأة] وقيل: إنه منقطع، فإن إبراهيم لم يحدث عن أحد من الصحابة مع أنه أدرك جماعة منهم. [نصب الراية ٣٦٣/٤] أما المرفوع فأخرج البيهقي أيضاً عن معاذ بن جبل قال: قال رسول الله ﷺ: دية المرأة على النصف من دية الرجل. [٩٠/٨ باب في دية المرأة] وقال: روي بإسناد، ولا يثبت مثله لخصته من الزياعي والجواهر النقي قلت: لم يذكر البيهقي العلة، فإن لم يكن يصلح الاحتجاج فهو لا يسقط عن درجة الاستشهاد، وروينا للاستشهاد. [إعلاء السنن ١٦٦/١٨]

** أخرجه البيهقي عن الشعبي عن زيد بن ثابت قال: جراحات الرجال والنساء سواء إلى الثلث فما زاد فعلى النصف وهو منقطع. [٩٦/٨، باب ماجاء في جراح المرأة] وفي الباب حديث مرفوع رواه النسائي في سننه حدثنا عيسى بن يونس الرملي عن خمرة عن إسماعيل بن عياش عن ابن جريح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: عقل للمرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها. [رقم ٤٨٠٥، باب عقل المرأة]

فكذا في أطرافها، وأجزائها اعتباراً بها، وبالثلث وما فوقه. قال: ودية المسلم والذمي^{والمتأمن} سواء، وقال الشافعي^{رحمته}: دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم، ودية المجوسي ثمان مائة درهم، وقال مالك^{رحمته}: دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم؛ لقوله^{عليه}: "عقل الكافر نصف عقل المسلم"،^{دية} والكل عنده اثنا عشر ألفاً، وللشافعي^{رحمته} ما روي: أن النبي^{عليه} جعل دية النصراني واليهودي أربعة آلاف درهم،* ودية المجوسي ثمان مائة درهم. ولنا: قوله^{عليه}: "دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار"،***

فكذا في أطرافها: لئلا يلزم مخالفة التابع للأصل. [العناية ٢١٠/٩] سواء: رجالهم، ونسأؤهم كنسأئهم في النفس وما دونها. [العناية ٢١١/٩]

* روي من حديث ابن عمرو، ومن حديث ابن عمر. [نصب الرأية ٣٦٤/٤] فحديث ابن عمرو أخرجه الترمذي في "جامعه" عن أسامة بن زيد الليثي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله^ﷺ، قال: دية عقل الكافر نصف دية عقل المؤمن، وقال: حديث حسن. [رقم: ١٤١٣، باب ما جاء في دية الكافر] وأخرج أبو داود في "سننه" عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي^ﷺ قال: دية المعاهد نصف دية الحر. [رقم ٤٥٨٣، باب في دية الذمي]

** رواه عبد الرزاق في "مصنفه" في كتاب العقول أخبرنا ابن جريج أخبرني عمرو بن شعيب أن رسول الله^ﷺ فرض على كل مسلم قتل رجلاً من أهل الكتاب أربعة آلاف درهم. [رقم ١٨٤٧٤، ١٠٦/٩٢ باب دية أهل الكتاب] ومن طريق عبد الرزاق رواه الدارقطني في سننه وزاد أن رسول الله^ﷺ جعل عقل أهل الكتاب من اليهود والنصارى على النصف من عقل المسلمين. [رقم ٣٢٥٧، ٩٣/٣ كتاب الحدود والديات وغيره] [نصب الرأية ٣٦٥/٤]

*** أخرجه أبو داود في المراسيل عن سعيد بن المسيب قال: قال رسول الله^ﷺ: دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار، ووقفه الشافعي في "مسنده" على سعيد، فقال: أخبرنا محمد بن الحسن ثنا محمد بن يزيد ثنا سفيان بن حسين عن الزهري عن سعيد بن المسيب أنه قال: دية كل معاهد في عهده ألف دينار. [نصب الرأية ٣٦٦/٤] ومراسيل ابن المسيب صحاح عند المحدثين. [إعلاء السنن ١٦٠/١٨] =

وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما * وما رواه الشافعي لم يُعرف راويه، ولم يذكر في كتب الحديث، ** وما رويناه أشهر مما رواه مالك رحمته الله، فإنه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم.

فإنه: أي فإن الذي رويناه. [البنية ١٣/١٧١] عمل الصحابة: وهو ما روى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ ودى المعاهدين الذين كان لهما عهد من رسول الله ﷺ، وقتلها عمرو بن أمية بمائة من الإبل، وعن الزهري أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يجعلان دية الذمي مثل دية المسلم، وعن ابن مسعود رضي الله عنه دية الذمي مثل دية المسلم، وعن الزهري أيضًا كانت دية الذمي مثل دية المسلم على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر، وعمر، وعثمان رضي الله عنهم، فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف، وعن علي رضي الله عنه إنما بذلوا الجزية؛ ليكون دماؤهم كدمائنا، وأمواهم كأموالنا، وما يروى بخلاف هذا من الصحابة لا يعارض هذه المشاهير من الآثار. [الكفاية ٩/٢١١]

= ومن أحاديث الباب مارواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم بن أبي الهيثم أن النبي ﷺ وأبا بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم قالوا: دية المعاهد دية الحر المسلم. [٥٨٧، باب دية المعاهد]

* روى عبد الرزاق في "مصنفه" أخبرنا معمر عن الزهري قال: كان دية اليهودي والنصراني في زمن النبي ﷺ مثل دية المسلم وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم، فلما كان معاوية رضي الله عنه أعطى أهل القتل النصف وألقى النصف في بيت المال، ثم قضى عمر بن عبد العزيز في النصف، وألقى ما كان جعل معاوية، قال الزهري. ولم يقض أن أذاكر عمر بن عبد العزيز، فأخبره أن الدية كانت تامة لأهل الذمة، قلت للزهري: بلغني أن ابن المسيب قال: ديته أربعة آلاف، فقال: إن خير الأمور ما عرض على كتاب الله قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾. [رقم: ١٨٤٩١، ١٠/٩٥، ٩٦ باب دية المجوسي] [نصب الرأية ٤/٣٦٨]

** فيه نظر الآثار فيه عن عمر وعثمان فحديث عمر رواه الشافعي في مسنده أخبرنا فضيل بن عياض عن منصور عن ثابت عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب أنه قضى في اليهودي والنصراني أربعة آلاف وفي المجوسي ثمانمائة. [نصب الرأية ٤/٣٦٥]

فصل فيما دون النفس

قال: وفي النفس الدية، وقد ذكرناه، قال وفي المارن الدية، وفي اللسان الدية، وفي الذكر الدية، والأصل فيه: ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: "في النفس الدية، وفي اللسان الدية، وفي المارن الدية"، *
القدوري

دون النفس: لما فرغ من ذكر النفس ذكر ما هو تبع لها، وهو ما دونها. (العناية) الدية: أي بسبب إتلافها، إنما ذكر هذا تبركاً بالابتداء بالحديث، وهذا لفظ الحديث. (الكفاية) أعاد ذكر النفس في فصل ما دون النفس تمهيداً لذكر ما بعده. [العناية ٢١٢/٩] وقد ذكرناه: أي في أوائل الجنايات. (الكفاية) وفي المارن: ما لان من الأنف. (الكفاية) وفي اللسان إلخ: فالحاصل أن ما لا ثاني له في البدن من أعضاء، أو معاني مقصودة، فيتلافها يجب كمال الدية. (الكفاية) سعيد بن المسيب: من التابعين، وما روي عن رسول الله ﷺ فهو مرسل، وهو حجة بالإجماع. [الكفاية ٢١٢/٩]

* غريب وأعاده المصنف قريباً بآتم منه فحديث سعيد لم أجده، وأما كتاب عمرو بن حزم فأخرجه النسائي في سننه وأبو داود في مراسيله عن سليمان بن أرقم عن الزهري عن أبي بكر بن محمد بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب كتاباً إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وبعث به مع عمرو بن حزم فقرأ على أهل اليمن هذه نسختها عن محمد النبي ﷺ إلى شرحبيل بن عبد كلال ونعيم بن عبد كلال قيل ذي رعين ومعاقر وهمدان أما بعد وكان في كتابته أن من اعتبط مؤمناً قتلاً عن بينة فإنه قود الا أن يرضى أولياء المقتول وأن في النفس الدية مائة من الإبل وفي الأنف إذا أوعب جدعه الدية وفي اللسان الدية وفي الشفتين الدية وفي البيضتين الدية وفي الذكر الدية وفي الصلب الدية وفي العينين الدية وفي العين الواحدة نصف الدية وفي اليد الواحدة نصف الدية وفي الرجل الواحدة نصف الدية وفي المأمومة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية وفي المنقلة خمس عشرة من الأبل وفي كل إصبع من أصابع البد والرجل عشرة من الأبل وفي السن خمس من الأبل وفي الموضحة خمس من الأبل وأن الرجل يقتل بالمرأة وعلى أهل الذهب ألف دينار. [رقم ٤٨٥٣]، باب ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول [ما جاء في اللسان تقدم في كتاب عمرو بن حزم وفي اللسان الدية وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن عكرمة بن خالد عن رجل من آل عمر قال قال رسول الله ﷺ في اللسان الدية كاملة. [رقم ٦٩٧٥]، باب اللسان ما فيه اذا أصيب. =

وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمر بن حزم ^{القاعدة الكلية} ^{رضي الله عنه}. والأصل في الأطراف: أنه إذا فوتَ جنسَ منفعته على الكمال، أو أزال جمالاً مقصوداً في الآدمي على الكمال: يجب كلُّ الدية؛ لإتلافه النفس من وجه، وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيماً للآدمي أصله قضاء رسول الله ﷺ بالدية كلها في اللسان والأنف، وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة، فنقول: في الأنف الدية؛ لأنه أزال الجمال على الكمال، وهو مقصود، وكذا إذا قطع المارن أو الأرنبة؛ لما ذكرنا، ولو قطع المارن مع القصبة ^{ما صلب منه} لا يزداد على دية واحدة؛ لأنه عضو واحد، وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة، وهو النطق، وكذا في قطع بعضه إذا مُنع الكلام لتفويت منفعة مقصودة،

على الكمال: وقيد المنفعة والجمال بالكمال؛ لأن غير الكمال لا يجب فيه كل الدية، وإن كان فيه تفويت عضو مقصود كما إذا قطع لسان الأخرس، أو آلة الخصى، والعين، واليد والرجل العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لا يجب في العمد، ولا الدية في الخطأ؛ لأنه لم يفوت جنس منفعته، ولا فوت جمالاً على الكمال، وإنما فيه حكومة عدل. [العناية ٢١٢/٩] وهو: أي الإتلاف من وجه. [البنية ١٣/١٧٥] لأنه أزال الجمال إلخ: لأن في قطع الألف تفويت جمال كامل، ثم كما تجب الدية بقطع جميع الألف تجب بقطع المارن؛ لأن تفويت الجمال به يحصل. [الكفاية ٢١٢/٩] لما ذكرنا: وهو قوله: وقد فوت الجمال على الكمال. [البنية ١٣/١٧٦] وكذا اللسان: لأنه أزال بقطع الأرنبة، وهي طرف الأنف جمالاً على الكمال مقصوداً، ويقطع المارن منفعة مقصودة؛ لأن منفعة الأنف أن يجتمع الروائح في قصبة؛ لتعلو إلى الدماغ، وذلك يفوت بقطع المارن.

= ماجاء في المارن روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع ثنا ابن أبي ليلى^١ عن عكرمة بن خالد عن رجل من آل عمر قال قال رسول الله ﷺ في الأنف إذا استوصل مارنه الدية. [رقم ٦٨٩٣، باب الأنف كم فيه] ماجاء في الذكر قال ابن أبي شيبة أيضاً حدثنا وكيع ثنا ابن أبي ليلى عن عكرمة بن خالد عن رجل من آل عمر عن النبي ﷺ قال في الذكر الدية. [رقم ٧١٣٨، باب الذكر ما فيه] [نصب الراية ٤/٣٦٩، ٣٧٠]

وإن كانت الآلة قائمة، ولو قَدَرَ على التكلم ببعض الحروف، قيل: تقسم على عدد الحروف، وقيل: على عدد حروف تتعلق باللسان، فبقدر ما لا يَقْدِر: تجب، وقيل: إن قَدَرَ على أداء أكثرها: تجب حكومةً عدلٍ؛ لحصول الإفهام مع الاختلال، وإن عجز عن أداء الأكثر: يجب كلُّ الدية؛ لأن الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام، وكذا الذكر؛ لأنه يفوت به منفعة الوطاء، والإيلاد، واستمساك البول، ^{أي رمي البول} والرمي به، ودَقَّ الماء والإيلاج الذي هو طريق الإعلاق عادة، وكذا في الحَشَفَةِ الدِّيَّةُ كاملة؛ ^{للمني} لأن الحشفة أصل منفعة الإيلاج والدق والقصة كالتابع له. قال: وفي العقل إذا ذهب بالضرب الدِّيَّةُ؛ لفوات منفعة الإدراك؛ إذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاذه، ^{العقل} وكذا إذا ذهب سمعه، أو بصره، أو شمّه، أو ذوقه؛ ^{دنياه} آخرته

عدد الحروف: يعني جملة الحروف مما تتعلق باللسان وغيره. (العناية) تتعلق باللسان إلخ: الحروف التي تتعلق باللسان، هي الألف والياء والصاء والجيم والdal والذال والراء والزاء والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون، فما لم يمكنه إتيان حرف منها يلزمه بحصته من الدية، فأما الهوائية والحلقية والشفوية، فلا تدخل في القسمة، فالشفوية الميم والباء، والحلقية العين والغين والقاف، والأصل في هذا ما روي أن رجلاً قطع طرف لسان رجل في زمان علي عليه السلام، فأمره أن يقرأ ب ت ث، فكل ما قرأ حرفاً أسقط من ديته بقدر ذلك، وما لم يقرأ أوجب من الدية بحساب ذلك. [الكفاية ٢١٣/٩] في كون الألف من ذلك نظر؛ لأنه من أقصى الحلق. [العناية ٢١٣/٩] وكذا الذكر: أي تجب فيه الدية بلا خلاف. [البنية ١٣/١٧٧]

عادة: وإنما قيده بالعادة؛ لأنه يتصور الإعلاق بالسحق، إلا أنه في العادة إنما يتحقق بالإيلاج. (الكفاية) ومعاذه: أي آخرته؛ إذ العقل من أعظم ما يختص به الآدمي يدرك الأشياء، وبه يمتاز عن البهائم، فكان فيه منفعة مقصودة. [البنية ١٣/١٧٧] إذا ذهب إلخ: تجب الدية بمقابلة فوات كل واحدة من هذه المنافع. [الكفاية ٢١٣/٩]

لأن كل واحد منها منفعة مقصودة. وقد روي أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر. قال: وفي اللحية إذا حُلقت فلم تنبت الدية؛ لأنه يفوت به منفعة الجمال. قال: وفي شعر الرأس الدية؛ لما قلنا، وقال مالك وهو قول الشافعي رحمهما: تجب فيهما حكومة عدل؛ لأن ذلك زيادة في الآدمي، ولهذا يُخلق شعر الرأس كله، واللحية بعضها في بعض البلاد، وصار كشعر الصدر والساق، ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة. ولنا: أن اللحية في وقتها جمال،

منفعة مقصودة: يعني ليس فيها استباع كل منها للأخرى، بخلاف قتل النفس، حيث لا يجب إلا دية واحدة؛ لأن الأطراف تبع النفس، أما الطرف فليس يتبع للطرف الآخر، فيعتبر كل واحدة منها بنفسها. [الكفاية ٢١٤/٩] الدية: ويؤجل سنة فإن نبت لم تجب الدية، وإن مات قبل مضي السنة لا شيء فيه. [البنية ١٧٧/١٣] شعر الرأس إلخ: وذكر الإمام التمرناشي رحمهما قالوا: لو حلق رأس إنسان ولم ينبت: تجب الدية، الرجل والمرأة، والصغير والكبير فيه سواء، ولا يطالب بالدية حال الحلق، بل يؤجل سنة لتصور النبات، وكذا حلق اللحية، فإن مات المخلوق رأسه، أو لحيته قبل مضي السنة، ولم ينبت لا شيء فيه، وقالوا: حكومة عدل. [الكفاية ٢١٤/٩] لما قلنا: وهو أنه يفوت به الجمال. [البنية ١٧٨/١٣] ذلك: أي شعر الرأس واللحية. ولهذا: أي ولأجل كون شعر الرأس زيادة في الآدمي. [البنية ١٧٩/١٣] شعر العبد: كلحية العبد، ولو كان في الشعر جمال للزم في شعر العبد كمال القيمة. في وقتها جمال: والدليل على أنه جمال قوله عليه السلام: "وإن لله ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال بالحاء والنساء بالقرون والذوائب"، بخلاف شعر الصدر والساق؛ لأنه لا يتعلق به الجمال.

* روى ابن أبي شيبة في "مصنفه" حدثنا أبو خالد عن عوف الأعرابي قال: سمعت شيخاً في زمان الجماجم فنعت فعتة فقيل: ذاك أبو المهلب، عم أبي قلابة، قال رمى رجل رجلاً بحجر في رأسه في زمان عمر بن الخطاب فذهب سمعه، وعقله، ولسانه، وذكره، فلم يقرب النساء، فقضى فيها عمر بأربع ديات، وهو حي. [رقم ٦٩٤٣، باب إذا ذهب سمعه وبصره] ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن عوف به وأخرجه البيهقي في سننه. [نصب الراية ٣٧١/٤]

وفي حلقها تفويته على الكمال، فتجب الدية كما في الأذنين الشاخصين، وكذا شعرُ
 الرأس جمال، ألا ترى أن من عَدِمَه خَلَقَةً يتكلف في ستره، بخلاف شعر الصدر
 والساق؛ لأنه لا يتعلق به جمال. وأما لحيةُ العبد فعن أبي حنيفة رحمته الله: أنه يجب فيها
 كمالُ القيمة، والتخريج على الظاهر: أن المقصود بالعبد المنفعةُ بالاستعمال دون
 ظاهر الرواية أي الاستخدام الجمل بمخلاف الحر. قال: وفي الشارب حكومةً عدل، وهو الأصح؛ لأنه تابع للحية،
 فصار كبعض أطرافها، ولحية الكَوْسَجِ إن كان على ذقنه شعرات معدودة: فلا شيء
 في حلقه؛ لأن وجوده يشينه ولا يزينه. وإن كان أكثر من ذلك، وكان على الخد
 والذقن جميعاً، لكنه غير متصل به، ففيه حكومة عدل؛ لأن فيه بعضَ الجمال، وإن
 كان متصلاً: ففيه كمال الدية؛ لأنه ليس بكوسج، وفيه معنى الجمال، وهذا كله إذا
 فسد المنبت، فإن نبت حتى استوفى كما كان: لا يجب شيء؛ لأنه لم يبق أثرُ الجناية،
 ويؤدَّبُ على ارتكابه ما لا يحلُّ، وإن نبت بيضاء، فعن أبي حنيفة أنه لا يجب شيء في
 الحر؛ لأنه يزيد جمالاً، وفي العبد تجب حكومة عدل؛ لأنه ينقص قيمته، وعندهما:
 تجب حكومة عدل؛ لأنه في غير أوانه يشينه، ولا يزينه،
 البياض

الأذنين الشاخصين: أي المرتفعتين، وصفهما؛ لدفع إرادة السمع. (العناية) فعن أبي حنيفة رحمته الله الخ: وهو رواية
 الحسن عن أبي حنيفة رحمته الله؛ اعتباراً بالدية في الحر؛ لفوات الجمال. (العناية) بخلاف الحر: فإن المقصود فيه الجمال
 ولو حلف بعض اللحية ولم ينبت، وقيل: يجب فيه حكومة عدل. [البنية ١٣/١٧٩] وهو الأصح: احتراز عما
 قال بعض مشايخنا: يجب فيه كمال الدية؛ لأنه عضو على حدة، ويفوت به الجمال. [العناية ٩/٢١٤]

ويستوي العمدُ والخطأُ على هذا الجمهور، وفي الحاجبين الدية، وفي إحداهما نصفُ الدية، وعند مالك والشافعي رحمهما الله: **تجب حكومة عدل**، وقد مرّ الكلام فيه في اللحية. قال: وفي العينين الدية، وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية، وفي الشفتين الدية، وفي القُدوري الأذنين الدية، وفي الأثنين الدية، كذا روي في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي صلّى الله عليه وآله * قال: وفي كل واحد من هذه الأشياء نصفُ الدية، وفيما كتبه النبي صلّى الله عليه وآله القُدوري لعمر بن حزم رحمته الله: "وفي العينين الدية، وفي إحداهما نصف الدية"، * ولأن في تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويتَ جنس المنفعة، أو كمالَ الجمال، فيجب كل الدية، وفي تفويت إحداهما تفويت النصف، فيجب نصفُ الدية. قال: وفي ثديي المرأة الدية؛ القُدوري لما فيه من تفويت جنس المنفعة، وفي إحداهما نصف دية المرأة؛ لما بينا،

ويستوي إلخ: يعني كما تجب الدية في حلق الرأس واللحية خطأ، فكذا إذا حلقهما عمداً تجب الدية لا القصاص؛ لأن القصاص لا يجب في شيء من الشعور؛ لأنه عقوبة، فلا يثبت قياساً، وإنما يثبت نصاً أو دلالة، والنص إنما ورد في الجراحات قال الله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾، وهذا ليس في معناها؛ لأنه لا يحتاج في حلقها إلى إيلاء، ولا يتوهم فيه السراية كما في الجراحات، ثم قيل: صورة حلقهما خطأ هي أن يظنه مباح الدم، فحلق الوالي لحيته، ثم ظهر أنه غير مباح الدم. [الكفاية ٢١٤/٩ - ٢١٥]

حكومة عدل: لأنهما لا يوجبان في الشعر، ولا يجب القصاص بالاتفاق. (البنية) لما بيناه: أشار به إلى قوله: لأن تفويت الاثنين من هذه الأشياء إلى قوله: فيجب نصف الدية. [البنية ١٨٢/١٣]

* غريب، وتقدم في كتاب عمرو بن حزم وفي الشفتين الدية وفي البيضتين الدية. [نصب الراية ٣٧١/٤]

وأخرجه عبد الرزاق في "مصنفه" عن عمرو بن شعيب قال: قال النبي صلّى الله عليه وآله في العين نصف العقل خمسون من الإبل أو عدلها من الذهب أو الورق أو الشاء أو البقر. [٣٢٩/٩، رقم: ١٧٤١٨، باب العين]

** تقدم ذلك فيه وفي غيره. [نصب الراية ٣٧٢/٤]

بخلاف ثديي الرجل حيث تجب حكومة عدل؛ لأنه ليس فيه تفويتُ جنس المنفعة والجمال، وفي حَلَمَتِي المرأة الدية كاملة؛ لفوات جنس منفعة الإرضاع، وإمساك اللبن، وفي إحداهما نصفها؛ لما بيّناه. قال: وفي أشفار العينين الدية، وفي إحداهما ربعُ الدية، قال ﷺ: **يَحْتَمِلُ أَنْ مَرَادِهِ: الْأَهْدَابُ بِجَازٍ كَمَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ ﷺ فِي "الْأَصْلِ" لِلْمَجَاوِرَةِ كَالرَّائِيَةِ لِلْقُرْبَةِ، وَهِيَ حَقِيقَةٌ فِي الْبَعِيرِ؛ وَهَذَا لِأَنَّهُ يَفُوتُ بِهِ الْجَمَالُ عَلَى الْكَمَالِ، وَجِنْسُ الْمُنْفَعَةِ، وَهِيَ مَنْفَعَةُ دَفْعِ الْأَذَى وَالْقَذَى عَنِ الْعَيْنِ؛ إِذْ هُوَ يَنْدَفِعُ بِالْهَدَبِ، وَإِذَا كَانَ الْوَاجِبُ فِي الْكُلِّ كُلِّ الدِّيَةِ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ كَانَ فِي إِحْدَاهَا رُبْعُ الدِّيَةِ،**

لفوات: لأنه إذا لم يكن لها حلمة يتعذر على الصبي الانتفاع عند الارتضاع. لما بيّناه: أي عند قوله: لأن في تفويت الاثنين إلى آخره. [البنية ١٨٢/١٣] العينين الدية: إذا قلعتها ولم ينبت. **يَحْتَمِلُ أَنْ مَرَادِهِ إِنْخ: وَلَعَلَّهُ قَالَ ذَلِكَ دَفْعًا لِتَخْطِئَةٍ مِنْ خَطَأِ مُحَمَّدٍ فِي إِطْلَاقِ الْأَشْفَارِ عَلَى الْأَهْدَابِ، قَالُوا: الْأَشْفَارُ مَنَابِتُ الشَّعْرِ، وَهِيَ حُرُوفُ الْعَيْنَيْنِ وَأَطْرَافُهَا، وَالشُّعُورُ الَّتِي عَلَيْهَا تَسْمَى الْهَدَبُ، فَقَالَ الْمَصْنِفُ: يَحْتَمِلُ أَنْ مَرَادِهِ الْأَهْدَابُ، فَيَكُونُ بِجَازٍ لِلْمَجَاوِرَةِ مِنْ ذِكْرِ الْحُلِّ، وَإِرَادَةِ الْحَالِ. [العناية ٢١٥/٩]** كما ذكره محمد إِنْخ: قال محمد ﷺ: في أشفار العينين الدية كاملة إذا لم ينبت، فأراد به الشعر؛ لأن الشعر هو الذي ينبت دون الجلد. للمجاورة: ذكر في "مبسوط شيخ الإسلام": وجعل محمد ﷺ الأشفار اسماً للشعور التي نبتت على الشعور التي عليها تسمى الهدب، قالوا: وكأنه أخذ من شفر الوادي، وهو جانبه وحدة، فسميت منابت الشعور أشفاراً؛ لأنها حدود الأجفان، ولكن مشايخنا قالوا: بأن الأمر كما قالوا: إن الأشفار اسم لمنابت الشعور، واسم الشعور الهدب، إلا أنه كنى بالأشفار عن الهدب؛ لاتصال ومجاورة بينهما كما سماوا القرية راوية، وهي البعير الذي يستقي عليه الماء؛ لاتصال بين القرية البعير وكما قيل للمطر: سماء. [الكفاية ٢١٥/٩] والقذى: وهو الذي يقع في العين. [البنية ١٨٣/١٣]

وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها، ويحتمل أن يكون مراده: منبت الشعر، والحكم فيه هكذا، ولو قطع الجفون بأهدابها، ففيه دية واحدة؛ لأن الكل كشيء واحد، وصار كالمارن مع القصة. قال: وفي كل أصبع من أصابع اليدين، والرجلين عشرُ الدية؛ لقوله ^{القدروري} عليه: "في كل إصبع عشرٌ من الإبل"؛ * ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة، وفيه دية كاملة وهي عشر، فتقسم الدية عليها. قال: والأصابع كلها سواء؛ لإطلاق الحديث، * ولأنها سواء في أصل المنفعة، فلا تُعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال، ^{الأصابع} ^{الذي مر آنفاً} وكذا أصابع الرجلين؛ لأنه يفوت بقطع كلها منفعة المشي، فتجب الدية كاملة، ثم فيهما عشرُ أصابع، فتقسم الدية عليها أعشاراً. قال: وفي كل إصبع فيها ثلاثة مفاصل، ^{الأصابع العشر} ^{القدروري}

والحكم فيه هكذا: أي تجب في الكل الدية، وتجب في كل شفر ربع الدية، ويستوي أن ينتف الأهداب وأفسد المنبت، أو قطع الجفون كلها بالأهداب. [الكفاية ٢١٥/٩-٢١٦] كالمارن: المارن: ما لان من الأنف، والقصة: ما صلب منه. (الكفاية) عشر: ففي كل عشر الدية. كاليمين مع الشمال: يعني هما سواء في إيجاب الحكم حيث تجب الدية فيهما على السواء، وإن كانت منفعة اليمين أكثر. [البنية ١٣/١٨٤]

* روي من حديث أبي موسى، ومن حديث ابن عباس، ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ومن حديث عمرو بن حزم، ومن حديث عمر بن الخطاب. [نصب الراية ٣٧٢/٤] فحديث أبي موسى أخرجه أبو داود في "سننه" عن أبي موسى قال: قضى رسول الله ﷺ أن الأصابع سواء عشرًا عشرًا من الأبل. [رقم ٤٥٥٦، باب ديات الأعضاء] وأما حديث ابن عباس أخرجه الترمذي في "جامعه" عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ في دية الأصابع: اليدين والرجلين سواء عشر من الإبل لكل أصبع، قال أبو عيسى حديث ابن عباس حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه، والعمل على هذا عند أهل العلم. [رقم: ١٣٩١، باب ماجاء في دية الأصابع]

* يريد الحديث المذكور، وقد ورد ما هو أصرح منه أخرجه الجماعة إلا مسلماً. [نصب الراية ٣٧٣/٤] أخرجه البخاري في صحيحه عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: هذه سواء يعني الخنصر والإهام. [رقم:

ففي أحدها ثلثُ ديةِ الأصبع، وما فيها مفصلان، ففي أحدهما نصفُ ديةِ الأصبع، وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع. قال: وفي كلِّ سنٍّ خمسٌ من الإبل؛ لقوله عليه السلام في حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه: "وفي كل سن خمس من الإبل"، * والأسنان والأضراس كلها سواء؛ لإطلاق ما روينا؛ ولما روي في بعض الروايات: "والأسنان كلها سواء"، **

ففي أحدها إحد: يعني أن عشر الدية الواجب بإزاء كل أصبع، إنما هو بمقابلة مفاصلها، فما فيه ثلاثة مفاصل كان لكل واحد منها ثلثه، وما فيه مفصلان، كان لكل منهما نصفه. [العناية ٢١٦/٩]

والأسنان والأضراس إحد: قالوا: فيه نظر، والصواب أن يقال: والأسنان كلها سواء أو يقال: والأنياب والأضراس كلها سواء؛ لأن السن اسم الجنس يدخل تحته اثنان وثلاثون: أربع منها ثنايا، وهي الأسنان المتقدمة اثنان فوق اثنان أسفل، ومثلها ربايعيات، وهي ما يلي الثنايا، ومثلها أنياب تلي الربايعيات، ومثلها ضواحك تلي الأنياب اثنتا عشرة سنًا تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق، وثلاث أسفل، وبعدها سن وهي آخر الأسنان يسمى ضررس الحلم؛ لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل، فلا يصح أن يقال الأسنان والأضراس سواء؛ لعوده إلى معنى أن يقال: الأسنان وبعضها سواء. [العناية ٢١٦/٩]

والأسنان كلها سواء: وإذا قلع جميع أسنانه، فعليه ستة عشر ألفاً من الدراهم؛ لأن الأسنان اثنان وثلاثون، فإذا وجب في كل سن نصف عشر الدية، وهي خمس مائة بلغت الجملة ستة عشر ألفاً، وليس في البدن جنس عضو يجب بتفويته أكثر من مقدار الدية سوى الأسنان، وإذا قلع جميع أسنان الكوسج، =

* ليس هذا في حديث أبي موسى، وأخرج أبو داود وابن ماجه. [نصب الرأية ٣٧٣/٤] أخرجه أبو داود عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: الأصابع سواء، والأسنان سواء، الثنية والضررس سواء هذه سواء. [رقم ٤٥٥٩، باب ديات الأعضاء] وأخرجه ابن ماجه في سننه عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قضى في السن خمساً من الإبل. [رقم ٢٦٥١، باب دية الأسنان]

** تقدم لأبي داود وابن ماجه عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً الأصابع والاسنان سواء، ورواه البزار في "مسنده" حدثنا عبدة بن عبد الله القسملّي ثنا عبد الصمد بن عبد الوارث ثنا شعبة عن قتادة عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: الثنية والضررس سواء، والأسنان كلها سواء، وهذه وهذه سواء، وقال: لا تعلم أحداً يرويه عن شعبة بهذا اللفظ الا عبد الصمد وغيره يرويه مختصراً. [نصب الرأية ٣٧٤/٤]

ولأنَّ كُلَّهَا في أصلِ المنفعةِ سواء، فلا يُعتبرُ التفاضلُ كالأيدي والأصابع، وهذا إذا كان خطأً، فإن كان عمداً ففيه القصاص، وقد مر في الجنائيات. قال: ومن ضرب ^{القلع} عضواً، فأذهب منفعته: ففيه دية كاملة كاليد إذا شلَّت، والعين إذا ذهب ضوءها؛ لأنَّ المتعلق بتفويت جنس المنفعة، لا فوات الصورة. ومن ضرب صُلْبَ غيره، فانقطع ماؤه تجب الدية؛ لتفويت جنس المنفعة، وكذا لو أهدبَه؛ لأنه فوّت جمالاً على الكمال، وهو استواء القامة، فلو زالت الحدوبة: لا شيء عليه لزوالها لا عن أثر.

فصل في الشَّجَاج

قال: الشجاج عشرة: الحارصة: وهي التي تحرصُ الجلدُ أي: تخدشه،

= فعليه أربعة عشر ألفاً؛ لأن أسنانه تكون ثمانية وعشرين؛ لما حكى أن امرأة قالت لزوجها: يا كوسج! فقال: إن كنت كوسجاً، فأنت طالق فستل أبو حنيفة رضي الله عنه عن ذلك، فقال: يعد أسنانه، فإن كانت ثلاثين وثلاث، فليس بكوسج، وإن كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج. [الكفاية ٢١٦/٩]

فلا يُعتبر التفاضل: ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك؛ لما فيه من زيادة المنفعة، وهو خلاف النص. (العناية) كالأيدي والأصابع: أي كما لا يعتبر التفاوت في الأيدي والأصابع؛ لأن كلها سواء في جنس المنفعة. [البنية ١٨٦/١٣] في الجنائيات: في باب القصاص فيما دون النفس. لأن المتعلق: أي الموضع الذي يتعلق به وجوب كل الدية. [الكفاية ٢١٦/٩] وهو استواء القامة: قيل في تفسير قوله تعالى: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾ أي: منتصب القامة، وهي تزول بالحدوبة. [العناية ٢١٧/٩]

لا عن أثر: ولو بقي أثر الضربة بعد زوال الحدبة، ويلزم حكومة عدل؛ لأنه زال به النفع الذي تجب به كل الدية. (البنية) في الشجاج: وهو جمع شجة، ولما كان الشجاج نوعاً من أنواع ما دون النفس وتكاثر مسائله ذكرها في فصل. (البنية) في الشجاج: وتختص الشجة بما يكون بالوجه والرأس لغة، وما يكون بغيرهما فحراصة. (الدر المختار) الحارصة: ومنه قولهم: خرص القصار الثوب إذا خرقة في الدق. [البنية ١٨٨/١٣]

تخدشه: قال ابن الشحنة عن قاضي خان: هي التي تخلش البشرة، ولا يخرج منها دم، وتسمى خادشة. (رد المختار)

ولا تُخرج الدم، والدامعة: وهي التي تظهر الدم، ولا تُسِيلُهُ كالدمع في العين،
والدامية: وهي التي تسيل الدم، والباضعة: وهي التي تَبْضَعُ الجلد أي تقطعه،
والمتلاحمة: وهي التي تأخذ في اللحم، والسحقاق: وهي التي تصل إلى السحقاق،
وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس، والموضحة: وهي التي توضح العظم أي
تبيّنه، والهاشمة: وهي التي تكسر العظم. والمنقلة: وهي التي تنقل العظم بعد الكسر
أي تحوله، والآمة وهي التي تصل إلى أم الرأس، وهو الذي فيه الدماغ. قال: ففي
الموضحة القصاصُ إن كانت عمداً؛ لما روي: "أنه عليه السلام قضى بالقصاص في
الموضحة"،* ولأنه يمكن أن ينتهي السكينُ إلى العظم، فيتساويان،

وهي التي إلخ: رده الطوري بأن الزيلعي صرح بتحقيق قطع الجلد في الأنواع العشرة، فالظاهر في تفسيرها
ما في "المحيط" و"البدائع": أنها التي تبضع اللحم، ومثله في كتب اللغة، وعلى هذا، فيزداد في المتلاحمة قيد
آخر، فيقال كما في "البدائع" وغيرها: هي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة. (ردالمحتار)
والمتلاحمة: في "المغرب": هي الشحمة التي تشق اللحم دون العظم، ثم يتلاحم بعد شقها أي يتلام
ويتلاصق، قال الأزهري: الأوجه أن يقال: اللاحمة أي القاطعة للحم، وإنما سميت بذلك على ما يؤول
إليه، أو على التفاؤل. [الكفاية ٢١٧/٩] تحوله: من وضع إلى موضع آخر. [البنية ١٣/١٨٩]

والآمة: وهي العاشرة، ولم يذكر ما بعدها، وهي الدامغة بالعين المعجمة، وهي التي تخرج الدماغ؛ لأن
النفس لا تبقى بعدها عادة، فكان ذلك قتلاً، لا شحمة. [العناية ٢١٨/٩] التي تصل: أي تبلغ إلى أم
الدماغ، حتى يبقى بينها وبين الدماغ جلد رقيق، وأم الدماغ الجلد التي تجمع الدماغ كذا في "الصحيح".

*غريب. [نصب الراية ٣٧٤/٤] وأخرجه البيهقي في "السنن الكبرى" عن طاؤوس قال: قال رسول الله ﷺ:
لا طلاق قبل ملك، ولا قصاص فيما دون الموضحة من الجراحات. [٨٣/٨] وأخرجه عبد الرزاق في "مصنفه"
عن عمر بن عبد العزيز أن النبي ﷺ لم يقض فيما دون الموضحة بشيء. [٣٠٧/٩، رقم ١٧٣١٦، باب
الموضحة] وأيضاً عن الحسن. [رقم: ١٧٣٢٠]

فيتحقق القصاص. قال: ولا قصاص في بقية الشجاج؛ لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها؛ لأنه لا حد ينتهي السكينُ إليه، ولأن فيما فوق الموضحة كسرُ العظم، ولا قصاصَ فيه، وهذه رواية عن أبي حنيفة رحمه الله، وقال محمد رحمه الله في الأصل: وهو ظاهر الرواية، يجب القصاصُ فيما قبل الموضحة؛ لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه؛ إذ ليس فيه كسرُ العظم، ولا خوف هلاك غالب، فيُسبَر غورها بمسبَر، ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك، فيقطع بها مقدار ما قطع، فيتحقق استيفاءُ القصاص. قال: وفيما دون الموضحة **حكومة العدل**؛ لأنه ليس فيها أرش مقدر، ولا يمكن إهداره، فوجب اعتباره بحكم العدل، وهو مأثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز رحمهما الله. *

فيتحقق القصاص: لأن عند المساواة تتحقق الماثلة، فيتحقق القصاص؛ لأن عند المساواة تتحقق الماثلة، فيتحقق الاستيفاء. [البنية ١٣/١٩٠] فيما فوق الموضحة: أي فيما هو أكثر شجة من الموضحة، وهو ما ذكره بعد الموضحة، وهو ثلاثة: الهاشمة والمنقلة والآمة. (الكفاية) قبل الموضحة: أي قبل الموضحة ذكرًا، دون الموضحة وهو ستة من الحارصة إلى السمحاق. (الكفاية) دون الموضحة: أي دون الموضحة من حيث الأثر والشج، ولكن قبل الموضحة من حيث الذكر، وهو الحارصة إلى السمحاق، فلذلك ذكر مرة بما قبل الموضحة، ومرة بما دون الموضحة. [الكفاية ٩/٢١٨] حكومة العدل: ووجوب حكومة عدل فيها إنما هو على رواية غير الأصل، وأما على روايته، فقد قال: يجب القصاص فيما فوق الموضحة. [العناية ٩/٢١٨]

*حديث إبراهيم أخرجه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن حماد عن إبراهيم النخعي قال: فيما دون الموضحة حكومة. [رقم ١٧٣١٩، باب الموضحة] وحديث عمر بن عبد العزيز غريب وعن شريح نحو ذلك رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي عن شريح قال: في الجائفة ثلث الدية وفي الآمة ثلث الدية، فإذا ذهب العقل فالدية كاملة، وفي المنقلة عشر ونصف عشر الدية، وفي الموضحة نصف عشر الدية، وفي غير ذلك من الجراحات حكومة عدل، ولا تكون الموضحة إلا في الوجه والرأس، ولا تكون الجائفة إلا في الجوف. [رقم ٥٦٣، باب دية الأسنان والأشعار والأصابع] [نصب الرأية ٤/٣٧٤]

قال: وفي الموضحة إن كانت خطأ نصفُ عشرُ الدية، وفي الهاشمة عشرُ الدية، وفي القدوري
المنقلة عشرُ الدية، ونصفُ عشر الدية، وفي الآمة ثلثُ الدية، وفي الجائفة ثلثُ الدية،
إلى الجانب الآخر
فإن نفذت فهما جائفتان، ففيهما ثلثا الدية؛ لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه أن
النبي عليه السلام قال: "وفي الموضحة خمس من الإبل، وفي الهاشمة عشر، وفي المنقلة خمسة
عشر، وفي الآمة، ويروي المأمومة ثلثُ الدية"، * وقال عليه السلام: في الجائفة ثلثُ الدية. **
و عن أبي بكر رضي الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلاثي الدية، ***

وفي الجائفة: قال في "الإيضاح": الجائفة ما يصل إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين،
والاسم دليل عليه، وما وصل من الرقبة إلى الموضع الذي إذا وصل إليه الشراب كان مقطراً، وما فوق
ذلك، فليس بجائفة؛ قال في "النهاية": فعلى هذا ذكر الجائفة هناك في مسائل الشجاج وقع اتفاقاً؛ وذلك
لأن الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن. [العناية ٢١٩/٩]

* تقدم في كتاب عمرو بن حزم. [نصب الرأية ٣٧٥/٤] أخرجه النسائي في سننه. وفي المأمومة ثلث الدية،
وفي الجائفة ثلث الدية، وفي المنقلة خمس عشرة عن الإبل، وفي كل أصبع من أصابع اليد، والرجل عشر
من الإبل، وفي السن خمس من الإبل، وفي الموضحة خمس من الإبل، وإن الرجل يقتل بالمرأة، وعلى أهل
الذهب ألف دينار. [رقم: ٤٨٥٣]

** تقدم في كتاب عمرو بن حزم وفي الجائفة ثلث الدية، وتقدم في مرسل مكحول وأشعث. [نصب الرأية
٣٧٥/٤] وروى ابن أبي شيبة في "مصنفه" حدثنا عبد الرحيم عن محمد بن إسحاق عن مكحول، وعن
أشعث عن الزهري أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجائفة ثلث الدية. [٢١٠/٩، رقم ٧١٢٦، باب الجائفة كم فيها]
*** رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا ابن جريح عن داود بن أبي عاصم قال: سمعت ابن المسيب يقول: قضى
أبو بكر بالجائفة إذا نفذت الخصيتين في الجوف من كل الشقين بثلاثي الدية. [٣٧٠/٩، رقم ١٧٦٢٩، باب الجائفة]
وأخبرنا الثوري عن محمد بن عبد الرحمن عن عمرو بن شعيب عن ابن المسيب أو غيره أن أبا بكر قضى في
الجائفة التي نفذت بثلاثي الدية إذا نفذت الخصيتين كلاهما، وبرئ صاحبها قال سفيان: لا أرى ولا تكون الجائفة
إلا في الجوف سمعنا ذلك. [٣٦٩/٩، رقم ١٧٦٢٣، باب الجائفة] [نصب الرأية ٣٧٥/٤، ٣٧٦]

ولأنها إذا نفذت نزلت منزلة جائفتين: إحداهما من جانب البطن، والأخرى من جانب الظهر، وفي كل جائفة ثلث الدية، فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية، وعن محمد رحمته الله: أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة، وقال هي التي يتلاحم فيها الدم، ويسودُّ، وما ذكرناه بدءً مروي عن أبي يوسف رحمته الله، وهذا اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى وحكم، وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة، وهي التي تصل إلى الدماغ، وإنما لم يذكرها؛ لأنها تقع قتلاً في الغالب لا جنائياً مقتصرة منفردة بحكم على حدة، ثم هذه الشجاجة تختص بالوجه والرأس لغةً، وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة، والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح، حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد: لا يكون لها أرش مقدّر، وإنما تجب حكومة العدل؛ لأن التقدير تقدير الأرض بالتوقيف، وهو إنما ورد فيما يختص بهما، ولأنه إنما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة، والشين يختص بما يظهر منها في الغالب، وهو العضوان هذان لا سواهما.

يتلاحم: قال الزيلعي: المتلاحمة مأخوذة من قولهم: التحم الشيئان إذا التصق أحدهما بالآخر، فالمتلاحمة ما يظهر اللحم، ولا يقطعه، والباطضة بعدها؛ لأنها تقطعه. وهذا اختلاف: أي اختلاف في مأخذ الكلمة. (الكفاية) عبارة: يعني يرجع إلى مأخذ الاشتقاق، فمحمد ذهب إلى أن المتلاحمة مشتقة من التحم الشيئان إذا تصل أحدهما بالآخر، فالمتلاحمة ما يظهر اللحم ولا تقطعه، والباطضة بعدها؛ لأنها تقطعه. [العناية ٢١٩/٩] لا يعود: أي لا يعود إلى معنى موثر يمتد عليه الاختلاف في الأحكام. [الكفاية ٢١٩/٩] وبعد هذا: أي بعد الآمة شجة تسمى الدامغة، بالغين المعجمة، وهي التي تصل إلى الدماغ، ولم يذكرها محمد؛ لأن النفس لا تبقى بعدها عادةً، فيكون قتلاً، ولا يكون من الشجاجة، والكلام في الشجاجة، وكذا لم يذكر الحارصة؛ لأنه لا يبقى لها أثر في الغالب. بالتوقيف: يعني لأن التقدير من أمرين، والأمور لا تكون إلا بالتوقيف على الشرع. [الباية ١٣/٩٣]

وأما اللّٰحْيَان: فقد قيل: ليسا من الوجه، وهو قول مالك رحمته الله: حتى لو وجد فيهما ما فيه أرش مقدر لا يجب المقدّر، وهذا لأن الوجه مشتقّ من المواجهة، ولا مواجهة للناظر فيهما، إلا أن عندنا هما من الوجه؛ لاتصالهما به من غير فاصلة، وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضاً، وقالوا: الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس، أو جوف البطن، وتفسيرُ حكومة العدل على ما قاله الطحاوي رحمته الله: أن يقوم مملوكاً بدون هذا الأثر، ويقوم وبه هذا الأثر، ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين، فإن كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية، وإن كان ربع عشر، فربع عشر، وقال الكرخي رحمته الله: ينظر كم

وأما اللّٰحْيَان: يريد به العظم الذي تحت الذقن. [العناية ٢٢٠/٩] اللحي العظم الذي عليه الأسنان، ومنه رماه بلحي جمل. فقد قيل إلخ: وفي "الذخيرة": والذقن من الوجه بلا اختلاف والعظم الذي تحت الذقن، وهو اللحيان، فمن الوجه عندنا حتى لو وجدت هذه الشجاج الثلاث في اللحين كان لها أرش مقدر عندنا، خلافاً لمالك رحمته الله، وفي "مبسوط شيخ الإسلام": ويجب أن يفرض غسل اللحين في الطهارة؛ لأنهما من الوجه على الحقيقة، إلا أنا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع، ولا إجماع ههنا، فبقيت العبرة للحقيقة. [الكفاية ٢١٩/٩-٢٢٠] الجائفة إلخ: وعليه فذكرها مع الشجاج له وجه من حيث أنها قد تكون في الرأس؛ لكن نظر فيه الاتقان بما في "مختصر الكرخي" من أنها لا تكون في الرقبة ولا في الحلق، ولا تكون إلا فيما يصل إلى الجوف من الصدر، والظهر والبطن والجنين، وبما ذكره في "الأصل" من أنها لا تكون فوق الذقن ولا تحت العانة إلخ، قال العيني: ولا تدخل الجائفة في العشرة؛ إذ لا يطلق عليها الشجة، وإنما ذكرت مع الآمة لاستوائهما في الحكم. (رد المحتار) أن يقوم إلخ: فإن كانت قيمته من غير جراحة تبلغ ألفاً ومع الجراحة تبلغ قيمته تسع مائة علمت أن الجراحة أوجبت نقصان عشر قيمته، فأوجبت عشر الدية؛ لأن قيمة الحر ديته، وبه أخذ شمس الأئمة الحلواني رحمته الله في "فتاوى قاضي خان": الفتوى على هذا. (الكفاية) ينظر كم إلخ: يان هذا: أن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلاً، فإنه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة، فإن كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث أرش الموضحة، وإن كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة، وإن كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة، قال شيخ الإسلام: هذا هو الأصح، كذا في "الذخيرة". [الكفاية ٢٢٠/٩]

مقدارَ هذه الشَّجَّة من الموضَّحة، فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدِّية؛ لأن ما لا نصَّ فيه يُردُّ إلى المنصوص عليه.

فصل

قال: وفي أصابع اليد نصفُ الدِّية؛ لأن في كل أصبع عُشْرُ الدِّية على ما روينا، فكان في الخمس نصفُ الدِّية، ولأن في قطع الأصابع تقويتُ جنس من الإبل منفعة البطش، وهو الموجب على ما مر، فإن قطعها مع الكف، ففيه أيضاً نصفُ الدِّية؛ لقوله عليه السلام: وفي اليدين الدِّيةُ وفي إحداها نصفُ الدِّية*، ولأن الكف تبع للأصابع؛ لأن البطش بها، وإن قطعها مع نصف الساعد: ففي الأصابع والكف نصفُ الدِّية، وفي الزيادة: الأصابع عدل، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله، وعنه: أن ما زاد على أصابع اليد والرجل، فهو تبع إلى المنكب وإلى الفخذ؛ لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصفَ الدِّية، واليدُ اسم لهذه الجارحة إلى المنكب، فلا يزداد على تقدير الشرع.

فصل: لما كانت الأطراف دون الرأس، ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة. [العناية ٢٢١/٩] وفي إلخ: هذا قول القدوري في "مختصره". [البنية ١٩٦/١٣] على ما روينا: وهو ما ذكر في فصل ما دون النفس قوله عليه السلام: في كل أصبع عشر من الإبل. (الكفاية) على ما مر: وهو قوله: ولأن في قطع الكل تقويت جنس المنفعة إلى آخره. (الكفاية) الساعد: هو من اليد ما بين المرفق والكف. وهو: هو مختار الطرفين. واليد إلخ: وأجيب من قوله: واليد اسم لهذه الجارحة بالمتنع، فإن اليد إذا ذكرت في موضع القطع، فالمراد به من مفصل الزند كما في آية السرقة. [العناية ٢٢٢/٩] لهذه الجارحة: من رؤوس الأصابع إلى الإبط. [الكفاية ٢٢١/٩]

*تقدم من ذلك ما فيه الكفاية. [نصب الراية ٣٧٦/٤] وروى ابن أبي شيبة في "مصنفه" حدثنا أبو بكر قال: حدثنا أبو الأحوص عن أبي اسحاق عن عاصم بن ضمرة عن علي قال: في اليد نصف الدِّية. [١٨٠/٩، رقم: ٦٩٩٥، باب اليديكم فيها]

ولهما: أن اليد آلة باطشة، والبطشُ يتعلق بالكف، والأصابعُ دون الذراع،
 فلم يجعل الذراع تبعاً في حق التضمين، ولأنه لا وجهَ إلى أن يكون تبعاً للأصابع؛
 لأن بينهما عضواً كاملاً، ولا إلى أن يكون تبعاً للكف؛ لأنه تابع، ولا تبعٌ للتبع.
 قال: وإن قطع الكف من المِفْصَل وفيها أصبع واحدة، ففيه عُشْرُ الدية، وإن كان
 إصبعان فالخُمْسُ، ولا شيء في الكف، وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: ينظر إلى
 أرش الكف والأصبع، فيكون عليه الأكثر، ويدخل القليلُ في الكثير؛ لأنه لا وجه
 إلى الجمع بين الأرشين؛ لأن الكلَّ شيء واحد، ولا إلى إهدار أحدهما؛ لأن كل
 واحد منهما أصل من وجه، فرجّحنا بالكثرة.

كاملاً: كما لم يجعل إحدى اليدين تابعة للأخرى. (الكفاية) إلى أن يكون إلخ: أي لا وجه إلى أن يكون
 تبعاً للكف؛ لأن الكف تابع للأصابع، ولا تبع للتبع؛ لأنه من حيث أنه تبع لا يجب للكف شيء، ومن
 حيث أنه أصل الساعد وجب أن يجب له شيء، فيؤدى إلى الجمع بين الوجوب وعدمه؛ ولما لم يكن
 الساعد تبعاً لا إلى الأصابع، ولا إلى الكف وجب اعتباره أصلاً؛ إذ لا وجه إلى إهداره، ولم يرد من
 الشارع فيه شيء مقدر، فتجب فيه حكومة عدل. [الكفاية ٢٢٢/٩]
 قال: أي محمد في "الجامع الصغير". [البنية ١٩٧/١٣] ينظر إلى أرش إلخ: اعلم أنه إذا قطع الكف،
 ولا أصابع فيها قال أبو يوسف رحمته الله: فيها حكومة عدل لا يبلغ أرش أصبع؛ لأن الأصبع الواحدة يتبعها
 الكف على قول أبي حنيفة رحمته الله، فلا تبلغ قيمة التبع قيمة المتبوع كذا في "الإيضاح". [الكفاية ٢٢٣/٩]
 الأرشين: أي أرش الكف وأرش الأصابع. [البنية ١٩٧/١٣] شيء واحد: فإن ضمان الكف هو عين
 ضمان الأصابع، وضمن الأصابع هو عين ضمان الكف، فهو شيء واحد، فوجب الترجيح بالكثرة كما
 قلنا فيمن شج رأسه، وتناثر بعض شعره حيث يدخل هنالك الأقل في الأكثر، كذا ههنا. (النهاية)
 أصل من وجه: أما الكف؛ فلان الأصابع قائمة به، وأما الأصابع؛ فلأنها أصل في منفعة البطش.

وله: أن الأصابع أصل، والكف^١ تابع حقيقةً وشرعاً؛ لأن البطش يقوم بها، وأوجب الشرع في أصبع واحدة عشرًا من الإبل، والترجيح من حيث الذات، والحكم^٢ أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب، ولو كان في الكف^٣ ثلاثة أصابع: يجب أرش^٤ الأصابع، ولا شيء في الكف^٥ بالإجماع؛ لأن الأصابع أصول في التقويم وللاكثر حكم الكل، فاستتبع الكف^٦ كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها. قال: وفي الأصبع الزائدة حكومةً عدل تشريفاً للآدمي؛

حقيقةً وشرعاً: أما من حيث الحقيقة، فلأن البطش بالأصابع، وأما من حيث الحكم؛ فلأن الأصبع له أرش مقدر، والكف ليس له أرش مقدر، وما ثبت فيه التقدير شرعاً، فهو ثابت بالنص، وما لا تقدير فيه من الشارع، فهو ثابت بالرأي، والرأي لا يعارض النص، فكان ما ثبت فيه التقدير بالنص أولى؛ وهذا لأن المصير إلى الرأي للضرورة، وهذه الضرورة لا تتحقق عند إمكان إيجاب المقدر بالنص. [الكفاية ٢٢٢/٩]

من حيث الذات إلخ: أي من حيث الحقيقة، والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب؛ لأن المصير إلى الترجيح بالكثرة عند المساواة في القوة، ولا مساواة بين الرأي والنص، فلا يصار إلى الترجيح هذا إذا بقي أصبع واحدة، وأما إذا لم يبق من الأصبع إلا مفصل واحد، ففي ظاهر الرواية عند أبي حنيفة رحمته الله يجب فيه أرش ذلك المفصل، ويجعل الكف تبعاً له؛ لأن أرش ذلك المفصل مقدر، وما بقي شيء من الأصل وإن قل، فلا حكم للتبع كما إذا بقي واحد من أصحاب الخطة في المحلة لا يعتبر السكان، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمته الله إذا كان الباقي دون أصبع، فإنه يعتبر فيه الأقل والأكثر، فيدخل الأقل في الأكثر؛ لأن أرش الأصبع منصوح عليه، فأما أرش كل مفصل غير منصوح عليه، وإنما اعتبرنا ذلك المنصوص بنوع رأي، وكونه أصلاً باعتبار النص، فإذا لم يرد النص في أرش مفصل واحد، اعتبر فيه الأقل والأكثر، ولكن الأول أصح، كذا في "المبسوط". [الكفاية ٢٢٣/٩]

حكومةً عدل: أي سواء كان في العمد أو في الخطأ، وسواء فيما إذا كان للقاطع أصبع زائدة أم لا هكذا ذكر في "الذخيرة"، ولا يقال: بأن قوله عليه السلام: "في كل أصبع كذا" مطلق، وهذه أصبع؛ لأننا نقول: إنما يفهم من خطابات الشرع ما هو معروف ومتفاهم عند الناس، والأصبع الزائدة ليست بهذه المثابة فلا يتأوله النص. [الكفاية ٢٢٢/٩]

لأنه جزء من يده، ولكن لا منفعة فيه ولا زينة، وكذلك السنُّ الشاغية؛ لما قلنا. وفي الأصبع الزائدة
 عين الصبي وذكره ولسانه إذا لم تعلم صحته حكومة عدل، وقال الشافعي رحمه الله: تجب
 فيه دية كاملة؛ لأن الغالب فيه الصحة، فأشبه قطع المارن والأذن. ولنا: أن المقصود من
 هذه الأعضاء المنفعة، فإذا لم تعلم صحتها: لا يجب الأرشُ الكامل بالشك، والظاهر
 لا يصلح حُجَّة للإلزام، بخلاف المارن، والأذن الشاحصة؛ لأن المقصود هو الجمال،
 وقد فوّته على الكمال. وكذلك لو استهلَّ الصبي؛ لأنه ليس بكلام، وإنما هو مجرد
 صوت، ومعرفة الصحة فيه بالكلام، وفي الذَّكر بالحركة، وفي العين بما يستدل به على
 النظر، فيكون حكمه بعد ذلك حكم البالغ في العمد والخطأ. قال: ومن شج رجلاً،
 القُدوري موضحة

جزء من يده: قيل عليه: إنه منقوض بما إذا كان في ذقن رجل شعرات معدودة، فأزالها رجل، ولم ينبت
 مثلها، فإنه لم يجب حكومة عدل، وإن كان الشعر جزء من الآدمي بدليل أنه لا يحل الانتفاع به، وأجيب:
 بأن إزالة جزء الآدمي إنما توجب حكومة عدل إذا بقي من أثره ما يشينه كما في قطع الأصبع الزائدة،
 وإزالة الشعرات لا تشينه، فلا توجبها كما لو قص ظفر غيره بغير إذنه. [العناية ٢٢٣/٩]
 الشاغية: [أي الزائدة، أي التي يخالف نبتها نبت غيرها من الأسنان] يقال: شغت أسنانه شغواً وشغاً أي اختلفت
 في نبتها بالطول والقصر والدخول والخروج. لما قلنا: إشارة إلى قوله: لأنه جزء من يده، والسن الشاغية أيضاً
 جزء من فمه. [الكفاية ٢٢٣/٩] وفي عين الصبي: هذا لفظ القُدوري رحمه الله في "مختصره". [البنية ١٩٩/١٣]
 المارن: هو ما لان من الأنف، أي أنف الصبي وأذنه. هذه الأعضاء: أي العين والذكر واللسان.
 للإلزام: إنما قيد بالإلزام؛ لأن مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الإلزام، حتى لو أعتق صغيراً لا يعلم صحة
 هذه الأعضاء منه يقيناً يخرج عن عهدة الكفارة؛ لأن الغالب هو السلامة، وقد تقدم من قبل في قوله:
 ويجزئه رضيع. [العناية ٢٢٣/٩] وكذلك لو استهلَّ إلخ: يعني يكون في لسان الصبي حكومة عدل ما
 لم يتكلم، وإن استهل. [البنية] بعد ذلك: أي بعد ما ذكر من الأشياء المذكورة. [البنية ٢٠٠/١٣]

فذهب عقله أو شعر رأسه: دخل أرش الموضحة في الدية؛ لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء، فصار كما إذا أوضحه فمات وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر، حتى لو نبت يسقط، والدية بفوات كل الشعر، وقد تعلقا بسبب واحد، فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده. وقال زفر: لا يدخل؛ لأن كل واحد منها جناية فيما دون النفس، فلا يتداخلان كسائر الجنايات، وجوابه ما ذكرنا. قال: وإن ذهب سمعه، أو بصره، أو كلامه: فعليه أرش الموضحة مع الدية، قالوا: هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، المشايخ

جميع الأعضاء: فيدخل الجزء في الكل. فصار كما إذا لم: يعني من حيث أن ذهاب العقل في معنى تبديل النفس وإلحاقه بالبهائم، أو من حيث أن العقل ليس في موضع يشار إليه فصار كالروح للجسد. (العناية) لو نبت: أي لو نبت الشعر والتأمت الشجة. (الكفاية) وقد تعلقا: يعني أرش الموضحة والدية. [العناية ٢٢٤/٩] بسبب واحد: وهو فوات الشعر بالشج. (الكفاية) في الجملة: يعني أن وجوب أرش الموضحة بسبب فوات الشعر، وكذلك وجوب الدية أيضاً بفوات الشعر كله علم بهذا أن سببها شيء واحد، وهو فوات الشعر، ولما كان كذلك فيدخل الأقل في الأكثر كما إذا قطع الكف مع الأصابع حيث يدخل موجب الكف، وهو حكومة العدل في أرش الأصابع. [الكفاية ٢٢٤/٩]

فشلت: فيجب أرش اليد لا أرش الإصبع، والأصل فيه: وما أشبه أن الجزء يدخل في الكل. (البنية) لا يدخل: أرش الموضحة في الدية. [البنية ٢٠١/١٣] كل واحد: من الموضحة، وذهاب العقل، أو شعر الرأس. ما ذكرنا: قيل: يعني به قوله: لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء، وقيل: قوله: وقد تعلقا بسبب واحد، وهو أشمل من الأول. [العناية ٢٢٥/٩] وإن ذهب: بسبب الشجة الموضحة.

مع الدية: أي لا تدخل أرش الموضحة في دية السمع والبصر والكلام. وأبي يوسف: قال في "النهاية": ذكر أبي يوسف مع أبي حنيفة وقع سهواً؛ لكونه مخالفاً لجميع روايات الكتب المتداولة، فينبغي أن يذكر محمداً مكان أبي يوسف كما هو في "الإيضاح". [العناية ٢٢٥/٩]

وعن أبي يوسف رحمته الله: أن الشجّة تدخل في دية السمع والكلام، ولا تدخل في دية البصر، وجه الأول: أن كلاً منها جناية فيما دون النفس، والمنفعة مختصة به، فأشبهه الأعضاء المختلفة، بخلاف العقل؛ لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء، على ما بيناه، ووجه الثاني: أن السمع والكلام مُبْطَن، فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر، فلا يلحق به قال: وفي "الجامع الصغير": ومن شجّ رجلاً موضحاً، فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند أبي حنيفة رحمته الله، قالوا:

وعن أبي يوسف إلخ: وهذا الذي ذكره إذا كان خطأ، وأما إذا كان عمداً يجب أرش الموضحة، ودية السمع والبصر عند أبي حنيفة رحمته الله، وعندهما: يجب القصاص في الشجّة، والدية في السمع والبصر. (العناية) وجه الأول: هو أن أرش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام. [العناية ٢٢٥/٩] أن كلا منها: أي من الموضحة وذهاب السمع والبصر والكلام.

فأشبهه الأعضاء: والجناية متى وقعت على الأعضاء لا يدخل أرش واحد في الآخر. على ما بينا: يعني قوله: لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء. (العناية) ووجه الثاني: يعني قوله: وعن أبي يوسف إلخ. (العناية) أن السمع والكلام إلخ: قيل: يراد به الكلام النفسي بحيث لا يرتسم فيها المعاني، ولا يقدر على نظم التكلم، فإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسراً جداً، وإن كان المراد به التكلم بالحروف والأصوات، ففي جعله مبطناً نظر. [العناية ٢٢٥/٩]

مبطن: يعني قوة السمع والكلام لا يعرف بالحس غالباً، حتى لا يفرق بين الأصم والسميع والمتكلم والأخرس في بادي الرأي غالباً كما لا يعرف بين العاقل وغيره في بادي الرأي بخلاف الأعمى والبصر. فيعتبر بالعقل: فيدخل أرش الموضحة في دية. [البنية ٢٠٢/١٣] فلا يلحق به: أي بذهاب العقل، فلذلك لا يدخل أرش الشجّة في دية البصر، وقال في "الإيضاح": وهذا الفرق لا يتضح، وذكر في "المبسوط" بعد ما ذكر تعليل أبي يوسف رحمته الله، ولكننا نقول: محل السمع غير محل الشجّة، وكذلك محل البصر، وبفتوئيهما لا تبدل النفس، وإنما تجب الدية لتفويت منفعة مقصودة، فيكون بمنزلة ذهاب البصر بالشجّة. [الكفاية ٢٢٥/٩]

قالوا إلخ: أي قال المشايخ: على قول أبي حنيفة رحمته الله ينبغي أن تجب الدية في العينين، والأرشف في الموضحة. [الكفاية ٢٢٦/٩]

وينبغي أن تجب الديةُ فيهما، وقالوا: في الموضحة القصاص، قالوا: وينبغي أن تجب الدية في العنين. قال: وإن قطع إصبع رجل من المَفْصِلِ الأعلى، فمثل ما بقي من الإصبع أو اليد كلها: لا قصاص عليه في شيء من ذلك، وينبغي أن تجب الديةُ في المَفْصِلِ الأعلى، وفيما بقي حكومةً عدل، وكذلك لو كسر بعض سنٍّ فاسودَّ ما بقي، ولم يَحْكْ خلافاً، وينبغي أن تجب الديةُ في السنِّ كله. ولو قال: اقطع المَفْصِلَ، ^{المحني عليه} ^{الأعلى} واترك ما يَبْسُ، واكسر القدر المكسور، واترك الباقي: لم يكن له ذلك؛ لأن الفعل في نفسه ما وقع موجباً للقود، فصار كما لو شجّه مُنْقَلَةً، فقال: أشجّه موضحةً وأترك الزيادة. لهما في الخلافية: أن الفعل في محلين، فيكون جنايتين مبتدأتين، فالشبهة في إحداهما لا تتعدى إلى الأخرى، ^{الجناية الأخرى} كمن رمى إلى رجل عمداً فأصابه، ونفذَ منه إلى غيره فقتله: يجب القود في الأول، والديةُ في الثاني. وله أن الجراحة الأولى سارية،

وينبغي أن تجب إلخ: أي قال المشايخ: على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما يجب القصاص في الموضحة، والدية في العنين. [الكفاية ٢٢٦/٩] قال: أي محمد رحمهما في "الجامع الصغير". (البنية) وفيما بقي: أي من الإصبع حكومة عدل لا كل اليد، فإن فيها تجب الدية كما مر في قوله: كما إذا قطع إصبع رجل فشلت يده. وكذلك: أي الحكم وهو عدم القصاص. [البنية ٢٠٣/١٣] موجباً للقود: فليس له استيفاء القود. أشجّه موضحةً: فلا يسمع إلى قوله: لأن الشجة المنقلة لا يوجب القود في نفسها. لهما في الخلافية: أي فيما إذا شج رجلاً موضحة، فذهبت عيناه، قالوا: في الموضحة القصاص، والدية في العنين. [الكفاية ٢٢٦/٩] إحداهما: أي في ذهاب العنين. الأخرى: فالقصاص في الشجة والدية في العنين. في الأول: لا في الثاني للشبهة. وله أن الجراحة إلخ: أبو حنيفة رحمهما يقول: هذه جناية وسرايتها، وقد تعذر إيجاب القصاص باعتبار سرايتها، فلا يجب القصاص باعتبار أصلها كما لو قطع مفصلاً فشلت الإصبع؛ وهذا لأن السراية أثر الجناية، وهي مع أصل الجناية في حكم فعل واحد. [الكفاية ٢٢٦/٩]

والجزاء بالمثل، وليس في وسعه الساري، فيجب المال، ولأن الفعل واحد حقيقةً، وهو الحركة القائمة، وكذا المحل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر، فأورثت نهايته أي محل الجنائتين شبهة الخطأ في البداية، بخلاف النفسين؛ لأن أحدهما ليس من سراية صاحبه، وبخلاف ما إذا وقع السكين على الإصبع؛ لأنه ليس فعلاً مقصوداً. قال: وإن قطع إصبعاً، فشلت إلى جنبها أخرى: فلا قصاص في شيء من ذلك عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا وزفر والحسن رحمته الله يقتص من الأولى وفي الثانية أرشها، والوجه من الجانبين قد ذكرناه، الأصبع الأولى الأصبع الثانية

في وسعه الساري: أي الجراحة التي تعمل قصاصاً قد لا تكون سارية؛ إذ ليس في وسعه فعل ذلك، فلا يكون مثلاً للأولى، ولا قصاص بدون المماثلة. (العناية) القائمة: أي الثابتة حالة الشج. [البنية ٢٠٤/١٣] فأورثت نهايته إلخ: أي نهاية الجناية لم توجب القصاص بالاتفاق، فيورث الشبهة في البداية نظراً إلى اتحادهما. (العناية) بخلاف النفسين: جواب عن قولهما: كمن رمى إلى رجل عمداً، فأصابه وتعدى إلى غيره، فقتله، ووجه ذلك: أنا جعلنا الفعل واحداً من حيث أن الثاني حصل من سراية الأول، وههنا ليس كذلك، فإن السراية إنما تكون تبعاً، وهو إنما يتحقق في شخص واحد. [العناية ٢٢٦/٩]

وبخلاف ما إذا إلخ: جواب عما يقال: إذا قطع إصبع رجل عمداً، فاضطرب السكين، ووقع على إصبع أخرى، فقطعها يقتص للأولى دون الثانية، فما بال مسألتنا لم تكن كذلك. [العناية ٢٢٦/٩] لأنه: أي لأن قطع الإصبع الأخرى ليس فعلاً مقصوداً، أي من الأول، أي ليس قطع الأخرى من أثر الفعل الأول، فإن الخطأ لا يقصد من العمد، فلا يمكن أن يجعل الثاني تنمة للأول، ونهاية له، فلا يورث الشبهة في الأول؛ لكونهما فعلين متغايرين منفصلين أحدهما عن الآخر من كل وجه، فينفرد الثاني بحكمه، بخلاف السراية، فإنها قد تقصد من الأول، فيمكن أن تجعل تنمة للأول ونهاية له، فيورث السراية شبهة في أولها.

فشلت: أي فشلت أخرى منضمة إلى جنبها. وقالوا وزفر إلخ: تركيب غير جائز، ولو قال: وقالوا وزفر كان صواباً. [العناية ٢٢٧/٩] قد ذكرناه: أي في قوله: ومن شج رجلاً موضحة، فذهب عيناه إلى آخره. [الكفاية ٢٢٧/٩]

وروى ابن سماعة عن محمد في المسألة الأولى، وهو ما إذا شج موضحة فذهب
بصره أنه يجب القصاص فيهما؛ لأن الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس،
والبصر يجري فيه القصاص، بخلاف الخلافية الأخيرة؛ لأن الشلل لا قصاص فيه،
فصار الأصل عند محمد ﷺ على هذه الرواية: أن سراية ما يجب فيه القصاص إلى
القاعدة الكلية
ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص كما لو آلت إلى النفس، وقد وقع الأول
ظلماً. ووجه المشهور: أن ذهاب البصر بطريق التسبب، ألا يرى أن الشجة بقيت
موجبةً في نفسها، ولا قوداً في التسبب، بخلاف السراية إلى النفس؛ لأنه لا تبقى
الأولى، فانقلبت الثانية مباشرة.
فيجب القصاص

يجب القصاص فيهما: فرق محمد ﷺ على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة وبين ذهاب السمع
منها، فأوجب القصاص فيها في الأول دون الثاني؛ لأنه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بأن ضرب على
رأسه، حتى ذهب سمعه لا يجب القصاص؛ لتعذر اعتبار المساواة، بخلاف البصر، فإن ذهابه إن كان بفعل
مقصود يجب القصاص، وكذلك بسراية الموضحة. [العناية ٢٢٧/٩] بالسراية مباشرة: يعني ألا ترى أنه
لوشجه موضحة وباشر سبب ذهاب البصر فيهما كذلك هنا. [البنية ٢٠٦/١٣]
الخلافية الأخيرة: يعني قوله: وإن قطع إصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى. [العناية ٢٢٧/٩] هذه الرواية: أي رواية
ابن سماعة. (البنية) كما لو آلت: أي آلت الجراحة وسرت إلى النفس، أي قطع إصبع رجل عمداً،
فسرى ومات يجب القصاص. (الكفاية) ووجه المشهور: أي القول المشهور عن محمد ﷺ. [البنية ٢٠٦/١٣]
ألا يرى إلخ: إيضاح لما أن ذهاب العينين بالسراية بطريق التسبب لا بطريق المباشرة؛ إذ لو كان بطريق
المباشرة لكان المعتبر ذهاب العينين في إثبات موجه دون الشجة كما إذا سرى الموضحة إلى النفس لا تبقى
الموضحة معتبرة، حتى لا يجب موجهها، بل المعتبر هو الجنابة على النفس. [الكفاية ٢٢٧/٩]
بقيت موجبة إلخ: حتى وجب أرشها مع دية العينين عند أبي حنيفة ﷺ، والقصاص في الموضحة والأرش
في العينين عندهما. [العناية ٢٢٦/٩]

فعلى القالع إخ: قال شيخ الإسلام: وهذا إذا لم تعد إلى حالتها الأولى بعد النبات في المنفعة، والجمال والغالب أن لا تعود إلى تلك الحالة؛ لأن المقلوع لا يلزق بالعصب والعروق في الغالب، فيكون وجود هذا النبات والعدم بمنزلة، وأما لو تصور عود الجمال، والمنفعة بالإنبات لم يكن على القالع شيء كما لو نبت السن المقلوعة كذا في "الذخيرة". [الكفاية ٢٢٧/٩-٢٢٨]

الأرْشُ بكماله؛ لأن هذا مما لا يعتدُّ به؛ إذ العروق لا تعود، وكذا إذا قطع أذنه،
 النبات ثبوت الأرض
 فألصقها فالتحمت؛ لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه. ومن نزع سنَّ رجلٍ، فانتزع
 الأذن بأن خاطها
 المنزوعة سنُّه سنَّ النازع، فنبئت سنُّ الأول: فعلى الأول لصاحبه خمس مائة
 المنزوع الأول
 درهم؛ لأنه تبين أنه استوفى بغير حق؛ لأن الموجب فساد المنبت، ولم يفسد حيث
 نبئت مكانها أخرى، فاعدمت الجناية، ولهذا يستأني حولاً بالإجماع، وكان ينبغي أن
 سن منزوعه
 ينتظر اليأس في ذلك للقصاص، إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق، فاكفينا
 بالحوْل؛ لأنه تنبت فيه ظاهراً، فإذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص، وإذا
 السن
 نبئت تبين أننا أخطأنا فيه، والاستيفاء كان بغير حق إلا أنه لا يجب القصاص؛ للشبهة
 السن
 فيجب المال. قال: ولو ضرب إنسان سنَّ إنسان، فتحركت: يستأني حولاً؛
 يؤجل

وكذا: أي وكذا يجب الأرض بكماله. [البنية ٢٠٨/١٣] فنبئت سن الأول: يعني بغير اعوجاج، وإن نبئت
 معوجاً تجب حكومة عدل. [العناية ٢٢٧/٩] ولهذا يستأني حولاً: أي يؤجل سنة بالإجماع، ثم هذه الرواية
 تخالف رواية التتمة، وفيها أن في سن البالغ إذا سقط ينتظر، حتى يبرأ موضع السن لا الحول، وهو
 الصحيح؛ لأن نبات سن البالغ نادر، فلا يفيد التأجيل، إلا أنه قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الأرض؛ لأنه
 لا يدري عاقبته. وفي "الذخيرة": بعض مشايخنا قالوا: الاستثناء حولاً في فصل البالغ والصغير جميعاً؛ لقوله عليه السلام:
 "في الجراحات كلها يستأني حولاً"، وفي "المجرد" عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه إذا نزع سن إنسان ينبغي للقاضي
 أن يأخذ ضميناً من القالع، ثم يؤجله سنة من يوم النزع، فإذا مضت السنة ولم ينبئت اقتص منه، قال
 هشام: قلت لمحمد رضي الله عنه فيمن ضرب سن رجل، فسقط: أينتظرهما حولاً لعلها تنبت، قال: لا، فقلت: أقال
 واحد من إخوانك ينتظر، قال: لا، إنما ذلك إذا تحركت. [الكفاية ٢٢٨/٩]

للشبهة: لأن فعله في الظاهر حين استوفى القصاص كان حقاً، فصار ذلك شبهة في سقوط القصاص. (البنية)
 قال: أي المصنف ذكره على سبيل التفريع، وهو مسائل الأصل إلى قوله: ومن شج رجلاً فالتحمت. [البنية ٢٠٩/١٣]

ليظهر أثرُ فعله، فلو أَجَّلَه القَاضِي سنةً، ثم جاء المضروبُ، وقد سقطت سِنُّه،
فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه: فالقول للمضروب؛ ليكون التأجيل
مفيداً، وهذا بخلاف ما إذا شجَّه موضحةً، فجاء وقد صارت منقلبةً، فاختلفا،
حيث يكون القول قول الضارب؛ لأن الموضحة لا تورث المنقلبة، أما التحريك
فيؤثر في السقوط فافترقا. وإن اختلفا في ذلك بعد السنة: فالقول للضارب؛ لأنه
ينكر أثر فعله، وقد مضى الأجل الذي وقته القاضي؛ لظهور الأثر، فكان القول
للمنكر، ولو لم تسقط: لا شيء على الضارب. وعن أبي يوسف: أنه تجب حكومة
الألم، وسننن الوجهين بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فاختلفا قبل إلخ: أي قال المضروب: سقطت سني من ضربك، فقال الضارب: لا، بل من ضرب رجل
آخر، فالقول للمضروب؛ ليكون التأجيل مفيداً؛ لأن التأجيل ما كان إلا ليظهر أثر فعله في تلك المدة،
فكان من ضرورة اعتبار الأجل أن يعتبر قول المضروب؛ إذ لو لم يعتبر لم يكن مفيداً، وأما بعد مضي
الحول فقد انتهى وقت ظهور الأثر، فالمضروب يدعي على الضارب أن السقوط من أثر فعله، وهو
مضمون عليه، وهو ينكر، فكان القول قوله. [الكفاية ٢٢٨/٩-٢٢٩]

التأجيل: يعني أن التأجيل إنما كان ليظهر عاقبة الأمر، فلو لم يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء. [الغنية ٢٢٨/٩]
فاختلفا إلخ: أي وقال المشجوج صارت منقلبة من ضربك، وأنكر الضارب. (البنية) لا تورث المنقلبة: لأن الشجة
الموضحة بعد ما وقعت موضحة لا يكون سبباً لنقله العظم عادة بل يكون ذلك أثر بسبب حادث، فلا يبقى
الظاهر شاهداً للمضروب فلا يكون القول قوله. [البنية ٢٠٩/١٣] لأنه ينكر: والمضروب يدعي على الضارب
أن السقوط من أثر فعله. حكومة الألم: وهو حكومة العدل. وسننن الوجهين: أي وجه قوله: لا شيء على
الضارب، ووجه حكومة الألم، والموعود بعد هذا، وهو قوله: سقط الأرض عند أبي حنيفة رحمته الله؛ لزوال الشين
الموجب، وقال أبو يوسف رحمته الله: أرض الألم؛ لأن الشين وإن زال، فالألم الحاصل ما زال. [الكفاية ٢٢٩/٩]

ولو لم تسقط، ولكنها اسودَّت: يجب الأرض في الخطأ على العاقلة، وفي العمد في السن ماله، ولا يجب القصاص؛ لأنه لا يمكنه أن يضربه ضرباً تسودُّ منه، وكذا إذا كسر بعضه، واسودَّ الباقي لا قصاص؛ لما ذكرنا، وكذا لو احمرَّ، أو اخضر، ولو اصفرَّ فيه السن روايتان. قال: ومن شج رجلاً فالتحمت، ولم يسبق لها أثر، ونبت الشعر: سقط الأرض عند أبي حنيفة رحمته؛ لزوال الشَّين الموجب، وقال أبو يوسف رحمته: يجب عليه أرش الألم، وهو حكومة عدل؛ لأن الشين إن زال، فالألم الحاصل ما زال، فيجب تقويمه،

يجب الأرض: وفي "الذخيرة": ثم إن محمداً رحمته أوجب كمال الأرض باسوداد السن، ولم يفصل بين أن يكون السن من الأضراس التي لا ترى أو من الأسنان التي ترى، قالوا: ويجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل إن كان السن من الأضراس التي لا ترى، فإن فات منفعة المضغ بالاسوداد يجب الأرض كاملاً، وإن لم يفت منفعة المضغ يجب فيه حكومة العدل؛ لأن منفعته قائمة، وجماله ليس بظاهر، فهو كشندوة الرجل، فيجب فيه حكومة عدل، وإن كان من الأسنان التي ترى يجب كمال الأرض، وإن لم تفت منفعته؛ لأنه فوت جمالاً ظاهراً على الكمال. [الكفاية ٢٢٩/٩]

لا قصاص: بل كل دية السن إذا فات منفعة المضغ، وإلا فلو مما يرى حال التكلم، فالدية أيضاً، وإلا فحكومة عدل. لما ذكرنا: وهو قوله: لأنه لا يمكنه أن يضربه ضرباً يسود منه. (الكفاية) لو احمرَّ إلخ: أي لا قصاص بل يجب الأرض في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله. [الكفاية ٢٢٩/٩] ولم يذكر الاصفرار، وهو كالاسوداد عند بعض المشايخ: يجب كمال الأرض، وعند آخرين حكومة عدل؛ لأنه لم يفت جنس منفعة السن، ولا فوت الجمال على الكمال؛ لأن الصفرة قد تكون لون الأسنان في بعض الإنسان، وإنما يكون فيه نوع نقص، فتجب الحكومة، بخلاف الحمرة والخضرة والسواد؛ لأنها لا تكون لون الأسنان بحال، فكان مفوتاً للجمال على الكمال إذا كانت بادية. [العناية ٢٢٩/٩]

فيجب تقويمه: أي تقويم الفائت بالألم، وهو الصحة، وهو ما زال؛ لأن زوال الفائت بحصول البديل، ولم يحصل، لكن حصل صحة أخرى في زمان آخر غير قائمة مقام الفائت.

وقال محمد: عليه أجره الطيب؛ لأنه إنما لزمه أجره الطيب وثن الدَّواء بفعله،
 فصار كأنه أخذ ذلك من ماله، إلا أن أبا حنيفة رحمته الله يقول: إن المنافع على أصلنا فيرجع عليه الشَّاح الأجرة والثن المحني عليه لا تقوم إلا بعقد، أو بشبهة، ولم يوجد في حق الجاني، فلا يغرم شيئاً. قال:
 ومن ضرب رجلاً مائة سوط، فجرحه فبرأ منها: فعليه أرش الضرب، معناه: إذا بقي
 أثر الضرب، فأما إذا لم يَبْقَ أثره، فهو على اختلاف قد مضى في الشجّة الملتحمة.
 قال: ومن قطع يد رجل خطأ، ثم قتله قبل البرء: فعليه الدية وسقط أرش اليد؛ لأن
 الجناية من جنس واحد، والموجب واحد، وهو الدية، وأنها بدل النفس بجميع
 أجزائها، فدخل الطرف في النفس كأنه قتله ابتداءً. قال: القدوري ومن جرح رجلاً جراحة:
 لم يُقتَصَّ منه حتى يبرأ، وقال الشافعي رحمته الله: يقتص منه في الحال؛

إلا أن أبا حنيفة إخ: جواب عن قول أبي يوسف رحمته الله، فالألم الحاصل مازال، وعن قول محمد رحمته الله: إنما لزمه
 أجر الطيب، ووجهه: أن تحمل الألم من المنافع معالجة الطيب كذلك، والمنافع على أصلنا لا تقوم. (العناية)
 إلا بعقد إخ: كالإحارة الصحيحة، والمضاربة الصحيحة، أو بشبهته كالإحارة الفاسدة، والمضاربة
 الفاسدة. [العناية ٢٢٩/٩] ولم يوجد: أي عقد ولا شبهة. [البنية ٢١١/١٣]
 فلا يغرم شيئاً: ولا قيمة لجرد الألم، ألا ترى أنه لو ضربه ضربة تألم بها، ولم يؤثر فيه لا يجب شيء، أرأيت لو
 شتمه شتمة أكان عليه أرش باعتبار إيلام حل بقلبه. [الكفاية ٢٣٠/٩] قال: أي محمد في "الجامع الصغير". (البنية)
 فجرحه: وإن لم يجرحه، فلا شيء عليه بالاتفاق. (العناية) فهو على اختلاف إخ: وهو سقوط الأرش عند
 أبي حنيفة رحمته الله، ووجوب أرش الألم عند أبي يوسف رحمته الله، ووجوب أجره الطيب عند محمد رحمته الله. [العناية ٢٣٠/٩]
 ثم قتله: أي خطأ أيضاً؛ لأنه إذا كان القتل عمداً يؤخذ بالأمرين جميعاً، وقيد بما قبل البرء؛ لأنه بعد البرء يؤخذ
 بالأمرين جميعاً. (البنية) من جنس واحد: لكون واحد منهما خطأ، وقد تقدم أقسام هذه المسألة. [العناية ٢٣٠/٩]
 لم يقتص: في الحال من الجراح حتى يبرأ. [البنية ٢١٢/١٣]

اعتباراً بالقصاص في النفس؛ وهذا لأن الموجب قد تحقق، فلا يُعْطَل. ولنا قوله: عليه السلام:
 "يستأني في الجراحات سنة"، * ولأن الجراحات يُعتبر فيها مآلها لا حالها؛ لأن حكمها
 في الحال غير معلوم، فلعلها تسري إلى النفس، فيظهر أنه قتل، وإنما يستقر الأمر بالبرء.
 قال: وكلّ عمدٍ سقط القصاصُ فيه بشبهة: فالديةُ في مال القاتل، وكل أرش وجب
 بالصلح: فهو في مال القاتل؛ لقوله عليه السلام: "لا تعقلُ العوائلُ عمداً" ** الحديث،
 بعد التحقق

بشبهة: كقتل الأب ابنه عمداً. (الكفاية) في مال القاتل: فإن الذي يجب بالصلح إنما وجب بعقد، والعاقلة
 لا تتحمل ما وجب بالعقد، وإنما تتحمل ما وجب بالقتل. الحديث: ولا عبداً، ولا صلحاً، ولا اعتراًفاً، ولا ما
 دون أرش الموضحة، وقوله: ولا عبداً أي ولا تعقل عاقلة الإنسان ما جنى على عبد فيما دون النفس؛ لأن
 أطراف العبد يسلك بها مسلك الأموال، والعاقلة لا تعقل الجنائيات المالية، حتى لو قتل عبد إنسان خطأ، فالقيمة
 على العاقلة؛ لأنها بدل الدم، ودم العبد لا يسلك بها مسلك الأموال، وقد قيل: إن المراد منه أن العبد إذا جنى
 جناية، فالمولى هو الذي يلزمه الدفع، أو الفداء دون عاقلة المولى، كذا في "الأوضح". [الكفاية ٢٣٠/٩]

* أخرجه الدار قطني في "سننه" عن يزيد بن عياض عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: يستأني
 بالجراحات سنة، وقال: يزيد بن عياض ضعيف متروك. [رقم: ٣٠٩٩، (٦٤/٣) كتاب الحدود والديات وغيره]
 واحتج أصحابنا له بما روى الدار قطني عن يزيد بن عياض عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ:
 يقاس الجراحات ثم يستأني بها سنة، ثم يقضى فيها بقدر ما انتهت، وهو احتجاج ساقط؛ لأن يزيد بن عياض
 متروك لا يستأني في الجراحات إلى السنة بل إلى البرء، فكيف يصح الاستدلال به له، فالصحيح في
 الاستدلال هو ما قلنا: إنه أخذ في ذلك بأثر علي، والأثر وإن كان وارداً في الدية إلا أنه يقاس عليها
 القصاص؛ لأن هذا التأخير ليس إلا لتعين الموجب فيستوي فيه الدية والقصاص. [إعلاء السنن ١٨/١٢٨]

** غريب مرفوعاً. [نصب الراية ٣٧٩/٤] وأخرجه البيهقي في "سننه" عن الشعبي عن عمر، قال: العمد
 والعبد والصلح والاعتراف لا تعقله العاقلة. قال البيهقي: وهذا منقطع، والمحفوظ أنه من قول الشعبي، ثم
 أخرجه عن الشعبي، قال: لا تعقل العاقلة عمداً، ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعتراًفاً. (١٠٤/٨)، باب من قال:
 لا تحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعتراًفاً. وروى الدار قطني عن الشعبي أنه قال: لا تعقل
 العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعتراًفاً، ورجاله ثقات. [إعلاء السنن ١٨/٢٨٨]

وهذا عمد غير أن الأول يجب في ثلاث سنين؛ لأنه مال وجب بالقتل ابتداءً، فأشبهه شبه العمد، والثاني: يجب حالاً؛ لأنه مال وجب بالعقد، فأشبهه الثمن في البيع. قال: وإذا قتل الأب ابنه عمداً: فالدية في ماله في ثلاث سنين، وقال الشافعي رحمته الله: القدوري

تجب حالة؛ لأن الأصل أن ما يجب بالإتلاف يجب حالاً، والتأجيل للتخفيف في القاعدة الكلية

الخاطئ، وهذا عامد فلا يستحقه، ولأن المال وجب جبراً لحقه وحقه في نفسه فإنه معذور التخفيف

حال، فلا ينجر بالمؤجل. ولنا: أنه مال واجب بالقتل، فيكون مؤجلاً كدية الخطأ الحال

وشبه العمد؛ وهذا لأن القياس يأبى تقوُّم الآدمي بالمال؛ لعدم التماثل، والتقويم ثبت لعدم المماثلة حيث يجب مؤجلاً

بالشرع، وقد ورد به مؤجلاً لا مُعَجَّلاً، فلا يُعَدَّل عنه، لاسيما إلى زيادة، ولما الشرع

لم يَجْزِ التغليظ باعتبار العمدية قدراً لا يجوز وصفاً. وكلّ جناية اعترف بها الجاني: والشرع

فهي في ماله، ولا يصدق على عاقلته؛ لما رويناه، ولأن الإقرار لا يتعدى المقر؛

لقصور ولايته عن غيره، فلا يظهر في حق العاقلة.

الإقرار

غير أن الأول: أراد به العمد الذي سقط القصاص فيه شبهة. (البنية) ابتداءً: أي لا بعقد يحدث بعد القتل كالصلح. [العناية ٢٣٠/٩] والثاني: أي الأرش الواجب بالصلح. (البنية) فأشبهه الثمن إخ: فإن شرط فيه أجل كان مؤجلاً، وإن لم يشترط كان حالاً. [البنية ٢١٤/١٣] وإذا قتل الأب إخ: كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية، لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي. [العناية ٢٣١/٩]

أنه: أي أن المال الذي وجب بقتل الأب ابنه. [البنية ٢١٤/١٣] لعدم التماثل: لأن الآدمي مالك مبتذل، والمال مملوك مبتذل، فلا يتماثلان. (الكفاية) لاسيما إلى زيادة: المعجل زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالية، ألا ترى أن في العرف يشتري الشيء بالنسيئة أكثر مما يشتري بالنقد، فإيجاب الحال بالقتل يكون زيادة على ما أوجهه الشرع معنى كذا في "البسوط". ولما لم يَجْزِ إخ: أي لم يجوز الزيادة على عشرة آلاف درهم لا يجوز وصفاً؛ لأن الوصف تبع القدر. [الكفاية ٢٣١/٩] لما رويناه: يعني قوله ﷺ: "ولا تعقل العاقلة عمداً ولا اعترافاً". [العناية ٢٣٢/٩]

قال: وعمد الصبي والمجنون خطأ، وفيه الدية على العاقلة، وكذلك كلُّ جنابة القدوري
موجبها خمس مائة فصاعداً، والمعنوة كالمجنون، وقال الشافعي رحمته الله: عمدُه عمد،
حتى تجب الدية في ماله حالة؛ لأنه عمد حقيقة؛ إذ العمد هو القصد، غير أنه تخلف عنه
أحدُ حكميهِ، وهو القصاص، فينسحب عليه حكمه الآخر، وهو الوجوب في ماله،
ولهذا تجب الكفارةُ به، ويُحرَّم عن الميراث على أصله؛ لأنهما يتعلقان بالقتل. ولنا:
لكونه عمداً
ما روي عن علي رحمته الله أنه جعل عقل المجنون على عاقلته، وقال: عمدُه وخطؤه سواء،*

وكذلك: أي فهو على العاقلة. موجبها: وما موجه الأقل فهو في ماله؛ لأنه يسلك به مسلك الأموال.
عمده: أي عمد كل واحد منهم. [الكفاية ٢٢٢/٩] إذ العمد إلخ: فمن يتحقق منه الخطأ يتحقق منه العمد،
ولهذا يؤدب ويعزر، والتعزير إنما يكون على فعل يقع عمداً لا خطأ، إلا أنه يبتني على هذا القصد حكماً أن
القيود والدية في ماله حالاً، والصبي من أهل أحد الحكمين، وهو العقوبة؛ لأنها تبتني على الخطأ، وهو غير
مخاطب وهو من أهل الحكم الآخر، وهو وجوب الضمان في ماله كما في غرمت الأموال، فيلزمه، وذلك
بمنزلة السرقة، فإنه يتعلق به حكمان: القطع وهو عقوبة، وهو ليس من أهله، والضمان وهو من أهله،
فيلزمه وذلك. أحد حكميه: أي أحد حكمي القتل وهما القصاص ووجوب المال. [البنية ٢١٦/١٣]
تجب الكفارةُ به: أي بهذا القتل، وقيل: أي المال، وإنما قيد به؛ لأنهم أجمعوا أن التكفير بالصوم
لا يجب. (الكفاية) على أصله: أي ثبت الحكمان، وهما وجوب الكفارة، وحرمان الميراث على أصل
الشافعي رحمته الله؛ لأنهما يتعلقان بالقتل. [الكفاية ٢٣٢/٩]

* أخرجه البيهقي في سننه عن جابر عن الحكم قال: كتب عمر رحمته الله لا يؤمن أحد جالساً بعد النبي صلوات الله عليه، وعمد
الصبي وخطؤه سواء فيه الكفارة إنما امرأة تزوجت عبداً فاجلدوها الحد، هذا منقطع راويه جابر الجعفي،
وروي عن علي رحمته الله بإسناد فيه ضعف أخبرنا أبو حازم الحافظ أنبأ أبو أحمد الحافظ ثنا أبو العباس أحمد بن عبد الله
ابن سائور الدقيقي ببغداد ثنا أبو نعيم الحلي عبيد بن هشام ثنا إبراهيم بن محمد المدني عن حسين بن عبد الله بن
صميرة عن أبيه عن جده قال: قال علي رحمته الله: عمد المجنون والصبي خطأ. [٦١/٨، باب ما روي في عمد الصبي] =

ولأن الصبي مَظَنَّةُ الرحمة، والعاقلُ الخاطيء لما استحقَّ التخفيفَ، حتى وجبت الديةُ على العاقلة، فالصبي وهو أعذر أولى بهذا التخفيف، ولا نسلّم تحقق العمدية، فإنها تترتب على العلم، والعلمُ بالعقل، والمجنونُ عديمُ العقل، والصبيُّ قاصرُ العقل، فأني يتحقق منهما القصدُ، وصار كالنائم، وحرمانُ الميراث عقوبة، وهما ليسا من أهل الصبي والمجنون كل واحد العقوبة، والكفارة كاسمها ستارة، ولا ذنبَ تستره؛ لأنهما مرفوعا القلم. الصبي والمجنون

فصل في الجنين

قال: وإذا ضرب بطنَ امرأة، فألقت جنيناً ميتاً: ففيه غُرَّة، وهي نصفُ عُشرِ الدية، القدوري

ولا نسلّم إلخ: جواب عن قول الشافعي رحمه الله: لأنه عمد حقيقة. (البنية) كالنائم: الذي يرفع عنه القلم مادام نائماً. (البنية) وحرمانُ الميراث إلخ: جواب عن قوله: ويحرم الميراث. (البنية) والكفارة إلخ: جواب عن قوله: والكفارة به. [البنية ٢١٧/١٣] ستارة: لأنها مشتقة من الكفر، وهو الستر. [البنية ٢١٧/١٣] في الجنين: لما أنهى الكلام الأجزاء الحقيقية عقبه بأحكام الأجزاء الحكمي، وهو الجنين؛ لكونه في حكم الجزء من الأم، وهو فيل بمعنى مفعول من جنه إذا ستره من باب طلب، وهو الولد مادام في الرحم، ملخصاً، ويكفي استبانة بعض خلقه كظفر وشعر. (رد المحتار) وإذا ضرب بطنَ إلخ: وكذا لو ضرب ظهرها، أو جنبها، أو رأسها، أو عضواً من أعضائها، فتأمل، رملي ونحوه في أبي السعود عن التحريري. (رد المحتار) ففيه غُرَّة: غرة المال خياره كالفرس والبعر والبخت والعبد والأمة الفارسة، كذا في "المغرب"، وفي مبسوط شيخ الإسلام: "سمي بدل الجنين غرة؛ لأن الواجب عبد، والعبد يسمى غرة، وقيل: لأنه أول مقدار ظهر في باب الدية، وغرة الشيء أوله كما سمي أول الشهر غرة، وسمي وجه الإنسان غرة؛ لأن أول شيء يظهر منه الوجه. [الكفاية ٢٣٣/٩-٢٣٤]

= وقال في "المعرفة": إسناده ضعيف بمرة. [نصب الراية ٣٨٠/٤] ولكن يؤيده أثر معاوية المذكور، قال العبد الضعيف: قد صح عن النبي ﷺ أنه قال: رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المعتوه حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ، ومن رفع عنه القلم يكون عمده وخطؤه سواء، ومقتضاه عدم وجوب القصاص، وأما ضمان الفعل وهو الدية فلا يسقط عنهم، بل يجب الدية على عواقلهم. [إعلاء السنن ١٢٥/١٨]

قال رضي الله عنه: معناه: دية الرجل، وهذا في الذكر، وفي الأثني عشر دية المرأة، وكلّ منهما خمس مائة درهم، والقياس: أن لا يجب شيء؛ لأنه لم يتيقن بحياته، والظاهر لا يصلح نصف العشر حجة للاستحقاق، وجه الاستحسان: ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال: "في الجنين غرة: عبد أو أمة قيمته خمسمائة"، ويروى: "أو خمس مائة"، فتركنا القياس بالأثر،

معناه: أي معنى قوله: نصف عشر الدية. (العناية) وكل منهما خمس إلخ: [أي من عشر دية المرأة، ونصف عشر دية الرجل] لأن نصف العشر من عشرة آلاف هو العشر من خمسة آلاف. [العناية ٢٣٢/٩] والظاهر: هذا جواب عما يقال: الظاهر أنه حي أو معد للحياة. (البنية) قيمته خمسمائة: قيل: وإنما بين الشارع القيمة إشارة إلى أن الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً، إلا من حيث اعتبار صفة المالية. [العناية ٢٣٣/٩] فتركنا القياس بالأثر: روى الإمام الحويبي أن زفر سئل عن هذه المسألة فقال: فيه غرة عبد، أو أمة، فقال السائل: ولم؟ والحال لا يخلو من أنه مات بضربة، أو لم تنفخ فيه الروح، فإن مات بضربة تجب دية كاملة، وإن لم تنفخ فيه الروح لا يجب شيء، فسكت زفر، فقال له السائل: أعتقتك سائبة، فجاء زفر إلى أبي يوسف، فسأله عنه فأجابه أبو يوسف بمثل ما أجاب زفر رحمهما، فجأجه بمثل ما حأجه السائل، فقال: التبعد التبعد أي ثابت بالسنة من غير أن يدرك بالعقل. [العناية ٢٣٣/٩]

* الأول غريب، ورواية أو خمسمائة عند الطبراني في "معجمه" حدثنا علي بن عبد العزيز ثنا عثمان بن سعيد المري ثنا المنهال بن خليفة عن سلمة بن تمام عن أبي المليح الهذلي عن أبيه قال: كان فينا رجل يقال له حمل بن مالك له امرأتان إحداها هذلية والأخرى عامرية، فضربت الهذلية بطن العامرية بعمود خباء أوفسطاط، فألقت جنينا ميتاً، فانطلق بالضاربة إلى رسول الله ﷺ معها أخ لها يقال له، عمران بن عويمر، فلما قصوا عليه القصة، قال لهم رسول الله ﷺ: دوه، فقال له عمران: يا رسول الله أندي من لا أكل ولا شرب ولا صاح فاستهل ومثل هذا يطل، فقال ﷺ: دعني من رجز الأعراب فيه غرة عبد أو أمة أو خمسمائة أو فرس أو عشرون ومائة شاة.... الحديث. (رقم: ٥١٣) [نصب الرأية ٣٨١/٤] قال الهيثمي في "جمع الزوائد" رواه الطبراني والبراز باختصار كثير والمنهال بن خليفة وثقه أبو حاتم وضعفه جماعة، وبقيه رجاله ثقات. [٣٠٠/٦، باب الدييات في الأعضاء وغيرها] واعلم أن الحديث في الصحيحين عن أبي هريرة وليس فيه ذكر الخمسمائة. [نصب الرأية ٣٨٢/٤] أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قضى في جنين امرأة من بني لحيان بغرة عبد أو أمة، ثم إن المرأة التي قضى عليها بالغرة توفيت، فقضى رسول الله ﷺ أن ميراثها لبنيتها وزوجها وأن العقل على عصبتها. [رقم: ٢٩٠٩، باب جنين المرأة]

وهو حجة على مَنْ قَدَّرَهَا بست مائة نحو مالك والشافعي. وهي على العاقلة عندنا: ^{هذا الحديث} ^{الغرة} إذا كانت خمس مائة درهم، وقال مالك: في ماله؛ لأنه بدلُ الجزء. ولنا: أنه ^{الضارب} ^{عليه} قضى بالغرة على العاقلة،* ولأنه بدل النفس، ولهذا سماه ^{عليه} دية، حيث قال: "دوه،

إذا كانت خمس إلخ: هذا ليس في محله، فإن الغرة هي نصف عشر دية الرجل، وهو خمس مائة، فلا معنى للشروط، واضطربوا في تأويل هذه العبارة، فقيل: إنه وقع سهواً من قلم الناسخ، وكان في "الأصل": إذا كان خمس مائة تعليلاً؛ لكونها على العاقلة، وقيل: إن معناه لما كانت خمس مائة درهم، وقيل: إن هذا احتراز عن جنين الأمة إذا كانت قيمته لا تبلغ خمس مائة درهم، ورد بأن ما يجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمس مائة درهم، كذا في "الإيضاح"، فلا يفيد القيد حينئذ هذه الفائدة، وقال الأعظمي: إن هذا احتراز عما إذا كانت الغرة عبداً، أو أمة قيمته أقل من خمس مائة؛ لأن القيمة تعرف بالتخمين، فلا يعلم بلوغها خمس مائة، فلا يجب على العاقلة، بخلاف ما إذا كانت خمس مائة درهم، بأن حكم القاضي بها فيجب على العاقلة. لأنه بدلُ الجزء: فصار كقطع أصبع من أصابعه. [العناية ٢٣٤/٩] أي جزء الأم ولهذا لا يصلى عليه، ولا يسمى ولا يرث. [الكفاية ٢٣٤/٩]

حيث قال: فيه التنصيص على إيجاب الدية على العاقلة. [العناية ٢٣٥/٩] دوه: أي أدوا ديته، أمر لمخاطب من الودي، وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء والميم المفتوحين، قال: كنت بين جارتين لي، فضربت إحداهما بطن صاحبتهما بعمود فسطاط، أو بمسطح خيمة، فألقت جيناً ميتاً، فاختصم أولياؤها إلى رسول الله ﷺ، فقال ﷺ لأولياء الضاربة: "دوه"، فقال أخوها: أندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل، مثله دمه بطل، فقال ﷺ: "أسجع كسجع الكهان". [العناية ٢٣٥/٩]

* روى ابن أبي شيبة في "مصنفه" حدثنا يونس بن محمد قال: حدثنا عبد الواحد بن زياد عن المجالد عن الشعبي عن جابر أن النبي ﷺ جعل في الجنين غرة على عاقلة القاتلة، وبرأ زوجها وولدها. [٢٥٥/٩]، رقم: ٧٣٣٩، باب الغرة على من هي] وأخرجه أبو داود في "سننه" عن المغيرة بن شعبة أن امرأتين كانتا تحت رجل من هذيل فضربت إحداهما الأخرى بعمود فقتلتها وجنينها، فاختصموا إلى النبي ﷺ، فقال أحد الرجلين كيف ندي من لا صاح ولا أكل ولا شرب، ولا استهل، فقال: أسجع كسجع الأعراب فقضى فيه بغرة وجعله على عاقلة المرأة. [رقم: ٤٥٦٨، باب دية الجنين]

وقالوا: أندي من لا صاح ولا استهل* الحديث، إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمس مائة. وتجب في سنة، وقال الشافعي رحمته: في ثلاث سنين؛ لأنه بدل النفس، ولهذا يكون موروثاً بين ورثته، ولنا: ما روي عن محمد بن الحسن الغرة رحمته أنه قال: بلغنا أن رسول الله عليه جعل على العاقلة في سنة،** ولأنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس على حدة، فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم، فعملنا بالشبه الأول في حق التوريث، وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة؛ لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر: يجب في سنة،

أن العواقل إلخ: يعني أنه عليه لما سماها دية، وهي بدل النفس، كان ينبغي أن تتحملها العاقلة، وإن كان دون خمس مائة؛ لأن بدل النفس يتحملة العاقلة أقل، أو أكثر، إلا أن الغرة بدل الجزء من وجه، فلهذا لم يتحملة العاقلة إذا لم يبلغ خمس مائة. [الكفاية ٢٣٥/٩-٢٣٦] ورثته: الجتين سوى الضارب. [البنية ٢٢١/١٣] بالشبه الأول: أي اعتبرنا الشبه الأول. لأن بدل العضو إلخ: التقريب إنما يتأتى أن لو كان نصف العشر واجباً في سنة؛ لأن الغرة مقدرة بنصف العشر، ولم يتعرض له، إلا أنه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلاً سنة، فأولى أن يكون نصف العشر مؤجلاً بها. [الكفاية ٣٣٦/٩] أو أقل أكثر إلخ: هو الصحيح من النسخ، وفي بعضها: أو أكثر، وفي بعضها: وأكثر، قال الشارحون: وكلاهما غير صحيح؛ لأن المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر، وهو إنما يكون إذا كان أكثر صفة لأقل، أو بدلاً منه، ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضاً، وفي بعض الشروح: أن تقييده بالأكثر ليس بمفيد؛ لأنه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك. [العناية ٢٣٦/٩]

* رواه الطبراني في "معجمه" حدثنا محمد بن عبد الله الحضرمي ثنا محمد بن عبد الله بن أبي ليلى حدثني أبي عن ابن أبي ليلى عن الحكم عن مجاهد عن حمل بن مالك بن النابغة الهذلي أنه كانت عنده امرأة فتزوج عليها أخرى، فتغايرتا فضربت إحدهما الأثري بعمود فسطاط، فطرحته ولذاً ميتاً، فقال لهم رسول الله ﷺ: دوه فجاء وليها، فقال: أندي من لا شرب ولا أكل ولا استهل، فمثل ذلك بطل، فقال رجز الأعراب نعم دوه فيه غرة عبد وأمة أو وليدة. [٩/٤، رقم ٣٤٨٣] [نصب الرأية ٣٨٣، ٣٨٢/٤]

** غريب. [نصب الرأية ٣٨٣/٤]

بخلاف أجزاء الدية؛ لأن كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين. ويستوي فيه الذكر والأنثى؛ لإطلاق ما روينا، ولأن في الحيّين إنما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية، ولا تفاوت في الجنين، فيقدر بمقدار واحد، وهو خمس مائة، فإن ألقته حيّاً ثم مات: ففيه دية كاملة؛ لأنه أُلّف حيّاً بالضرب السابق، وإن ألقته ميتاً ثم ماتت الأم: فعليه دية بقتل الأم، وغرة بإلقائها، وقد صحّ أنه عليه ^{الضارب} ^{ديته} ^{على الأم} ^{وهي حية} ^{هذا الصورة} في هذا بالدية والغرة.* وإن ماتت الأم من الضربة، ثم خرج الجنين بعد ذلك حيّاً، ثم مات: فعليه دية في الأم، ودية في الجنين؛ لأنه قاتل شخصين، وإن ماتت ثم أُلقت ميتاً: فعليه دية في الأم، ولا شيء في الجنين، وقال الشافعي رحمته الله: تجب الغرة في الجنين؛ لأن الظاهر موته بالضرب، فصار كما إذا ألقته ميتاً، وهي حية. ولنا: أن موت الأم أحد سببي موته؛ الجنين

لأن كل جزء إلخ: كما لو اشترك عشرون رجلاً في قتل رجل خطأ، يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلاث سنين. [الكفاية ٣٣٦/٩] ويستوي فيه: أي في وجوب قدر الغرة بأنه عبد، أو أمة قيمته خمس مائة درهم. (العناية) لإطلاق ما روينا: وهو قوله رحمته الله في الجنين: غرة عبد، أو أمة قيمته خمس مائة درهم. (العناية) ولأن في الحيّين: دليل معقول على التساوي بين الذكر والأنثى، في الولدين المنفصلين في الدية؛ لتفاوت معاني الآدمية في المالكية، فإن الذكر مالك مالاً ونكاحاً، والأنثى مالكة نكاحاً، فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الآدمية، وهو معلوم في الجنين، فيقدر بمقدار واحد وهو خمس مائة. [العناية ٢٣٦/٩] وإن ماتت: ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري. [البنية ٢٢٣/١٣]

* نظرت الكتب السنن إلا النسائي، فلم أجد بهذا المعنى، والذي في الكتب الستة عن أبي هريرة أن النبي صلّى الله عليه وآله قضى في جنين امرأة من بني لحيان بغرة عبد. [نصب الراية ٣٨٣/٤] أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي هريرة أنه قال: قضى رسول الله صلّى الله عليه وآله في جنين امرأة من بني لحيان سقط ميتاً بغرة عبد أو أمة، ثم أن المرأة التي قضى لها بالغرة توفيت، فقضى رسول الله صلّى الله عليه وآله بأن ميراثها لبنيتها وزوجها، وأن العقل على عصبها. [رقم: ٦٧٤٠، باب ميراث المرأة و الزوج مع الولد وغيره]

لأنه يَحْتَقُّ بموتها؛ إذ تنفسه بتنفسها، فلا يجب الضمان بالشك. قال: وما يجب في الجنين ^{القدوري} موروث عنه؛ لأنه بدل نفسه، فيرثه ورثته، ولا يرثه الضارب، حتى لو ضرب بطن امرأته، فألقت ابنه ميتاً: فعلى عاقلة الأب غرّة، ولا يرث منها؛ لأنه قاتل بغير حقٍّ مباشرة، ^{الضارب} ولا ميراث للقاتل. قال: وفي جنين الأمة إذا كان ذكراً نصف عشر قيمته لو كان حياً، ^{الأب الحنين} وعشر قيمته لو كان أنثى، وقال الشافعي رحمته الله: فيه عشر قيمة الأم؛ لأنه جزء من وجهه، وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل. ولنا: أنه بدل نفسه؛ لأن ضمان الطرف ^{من الأم} لا يجب إلا عند ظهور النقصان من الأصل، ولا معتبر به في ضمان الجنين، فكان بدل نفسه، فيقدر بها، وقال أبو يوسف رحمته الله: يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم؛

بالشك: في سبب هلاكه حين الانفصال. (البنية) موروث عنه: يعني غرة الجنين بين ورثته. [البنية ١٣/٢٢٤] وفي جنين الأمة: أي الذي لا تحمله من مولاها، ولا من المغرور؛ لأن الحمل من أحدهما حر، فتجب الغرة، ذكراً كان أو أنثى. (الكفاية) نصف عشر إلخ: بيان هذا: أنه يقوم الجنين بعد انفصاله ميتاً على لونه وهيئته لو كان حياً، فينظر كم قيمته بهذا المكان، فإذا ظهر قيمة الكل بعد هذا إن كان ذكراً، فوجب نصف عشر قيمته، وإن كان أنثى يجب عشر قيمته، ولو ضاع الجنين ولم يكن تقويمه باعتبار لونه وهيئته على تقدير أنه حي، ووقع التنازع في قيمته بين الضارب، وبين مولى الأمة المضروبة كان القول قول الضارب؛ لإنكاره الزيادة. [الكفاية ٩/٢٣٧] لو كان حياً: راجع إلى قيمته أي قيمته لو فرض. (رد المحتار)

لا يجب إلا عند إلخ: حتى أنه لو لم يظهر فيه النقصان لا يجب كما لو قطع سناً، فنبت مكانه آخر لم يجب شيء، وههنا يجب بدل الجنين، وإن لم يكن في الأم نقصان دل على أن وجوبه باعتبار معنى. (الكفاية) ولا معتبر به: أي بظهور النقصان في ضمان الجنين بل دليل أنه يجب ضمان الجنين، وإن لم يظهر في الأم نقصان. (الكفاية) فيقدر بها: أي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الأم. (العناية) يجب [هذا غير ظاهر الرواية. (العناية)] ضمان إلخ: أي لا يجب إلا ضمان نقصان الأم إن تمكن فيه نقص، فإن لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة؛ لأن الضمان في قتل الرقيق عنده ضمان مال؛ حتى يجب قيمته بالغة ما بلغت. [الكفاية ٩/٢٣٨]

اعتباراً بجنين البهائم؛ وهذا لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده، ^{أبي يوسف} على ما نذكر إن شاء الله تعالى، فصح الاعتبار على أصله. ^{أبي يوسف} قال: فإن ضربت فأعتق المولى ما في بطنها، ثم ألقته حياً، ثم مات: ففيه قيمته حياً، ولا تجب الدية وإن مات بعد العتق؛ لأنه قتله بالضرب السابق، وقد كان في حالة الرق، فلهذا تجب القيمة دون الدية، وتجب قيمته حياً؛ لأنه بالضرب صار قاتلاً إياه وهو حي، فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف، وقيل: هذا عندهما، وعند محمد رحمته: تجب قيمته ما بين كونه مضروباً إلى كونه غير مضروب؛ لأن الإعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك بعد إن شاء الله تعالى. ^{القدوري} قال: ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رحمته: تجب؛ ^{الكفارة} لأنه نفس من وجه، فتجب الكفارة احتياطاً. ولنا: أن الكفارة فيها معنى العقوبة،

بجنين البهائم: ويجب في جنين البهيمة ما نقصت الأم إن نقصت، وإن لم تنقص الأم لا يجب فيه شيء. (رد المختار) على ما نذكر: في فصل أحكام الجنانية على العبد. قال: أي محمد رحمته في "الجامع الصغير". (البنية) ضربت: أي فإن ضرب بطن أمة. [البنية ٢٢٥/١٣] حياً: أي قيمته لو فرض حياً. فنظرنا إلى حالتي إلخ: يعني أوجبنا القيمة دون الدية اعتباراً بحالة الضرب، وأوجبنا قيمته حياً لا مشكوكاً في حياته اعتباراً بحالة التلف، ولا يقال: إن هذا اعتبار بحالة الضرب فقط؛ لأن الواجب في تلك الحالة قيمته حياً أيضاً؛ لأننا نقول: جاز أن لا يكون حياً، فلا تجب قيمته حياً هناك، بل تجب الغرة. [الكفاية ٢٣٩/٩] ما بين كونه إلخ: يعني تفاوت ما بينهما، حتى لو كانت قيمته غير المضروب ألف درهم، وقيمه مضروباً ثمانمائة درهم، يجب على الضارب مائتا درهم. (العناية) قاطع للسراية: أي لسراية الضرب السابق، فلا تجب قيمته، بل يجب التفاوت. على ما يأتيك إلخ: يعني في جنانية المملوك والجنانية عليه في مسألة من قطع يد عبد، فأعتقه المولى، ثم مات من ذلك. [العناية ٢٣٨/٩] فيها معنى العقوبة: لأنها شرعت زاجرة، والزجر إنما يكون بشيء فيه عقوبة، حتى أنها تتأدى بالمال، والمال شقيق الروح، فكان إزالة المال منه بمنزلة الروح، ومن وجه عبادة لتأديته بالصوم. [الكفاية ٢٣٩/٩]

وقد عرفت في النفوس المطلقة، فلا تتعدّاها، ولهذا لم يجب كلُّ البدل؛ قالوا:
 إلا أن يشاء ذلك؛ لأنه ارتكب محظوراً، فإذا تقرّب إلى الله تعالى كان أفضل له،
 الضارب إعطاء الكفارة الضارب ممنوعاً بالكفارة
 ويستغفر مما صنع. والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في
 جميع هذه الأحكام؛ لإطلاق ما رويناه؛ ولأنه ولد في حق أمومية الولد وانقضاء
 العدة والنفاس وغير ذلك، فكذا في حق هذا الحكم؛ ولأن بهذا القدر يتميز عن
 للأم
 العَلقة والدم، فكان نفساً، والله اعلم.

في النفوس المطلقة: أي الكاملة بالنصر، فلا يتعدّاها إلى غير المطلقة، وهو الجنين؛ لأن القياس لا يجري في
 العقوبات، وليس غير المطلقة نظير المطلقة، حتى يلحق بها دلالة، ألا ترى أنه لا يجب كل البدل. [العناية ٢٣٨/٩]
 ولهذا لم يجب: أي لعدم كمال النفس، بل يجب الغرة. بمنزلة الجنين التام: والمرأة إذا ضربت بطن
 نفسها، أو شربت دواء؛ لتطرح الولد متعمدة، أو عاجلت فرجها حتى أسقطت الولد ضمن عاقلتها الغرة
 إن فعلت بغير إذن الزوج، وإن فعلت بإذنه لا يجب شيء، كذا في "الصغرى". [الكفاية ٢٣٩/٩]
 ماروينا: أن النبي ﷺ قضى في الغرة في الجنين، ولم يفصل حيث قال: وفي الجنين غرة. [البنية ٢٢٧/١٣]
 هذا الحكم: وهو وجوب الغرة. [الكفاية ٢٣٩/٩] بهذا القدر: أي باستبانة بعض خلقه. (البنية)
 العلقه: العلق: الدم الجامد الغليظ لتعلق بعضه بعضاً، والقطعة منه علقه.

باب ما يُحدثه الرجل في الطريق

قال: ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفاً، أو ميزاباً، أو جُرْصُنًا، أو بنى دكاناً: فلرجل من عَرَضِ الناس أن ينزعه؛ لأن كل واحد صاحبُ حقٍّ بالمرور بنفسه وبدوابه، فكان له حقُّ النقض كما في الملك المشترك، فإن لكل واحد حقُّ النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئاً، فكذا في الحق المشترك. قال: ويسع للذي عمله أن يتفع به ما لم يضرَّ بالمسلمين؛ لأن له حقَّ المرور، ولا ضررَ فيه، فيلحق ما في معناه به؛ إذ المانع متعنتٌ، فإذا أضرَّ بالمسلمين كره له ذلك؛ لقوله ﷺ: "لا ضررَ ولا ضرارَ ^{بما عمله} ^{الملك المشترك} ^{العمل والنفع}".

باب ما يحدثه إلخ: لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة، ذكر أحكامه تسيباً، والأول أولى بالتقدم؛ إما لأنه قتل بلا واسطة، وإما لكثرة وقوعه. [العناية ٢٣٩/٩] قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البناية) كنيفاً: وهو المستراح وهو بيت الماء. [البناية ٢٢٩/١٣] جرسناً: هو دخيل، أي ليس بعربي أصلي، فقد اختلف فيه، فقيل: البرج، وقيل: مجرى ماء ركب في الحائط، وعن الإمام البزدوي ﷺ جزع يخرج به الإنسان من الحائط ليبي عليه، كذا في "المغرب". [الكفاية ٢٣٩/٩] قال العيني: وقيل: هو الممر على العلو، وهو مثل الرف، وقيل: هو الخشبة الموضوعة على جداري السطحين، ليتمكن من المرور، وقيل: هو الذي يعمل قدام الطاقة؛ لتوضع عليه كيزان ونحوها. (رد المحتار)

فلرجل: مسلماً كان أو ذمياً. [العناية ٢٣٩/٩] عرض الناس: العرض - بالضم - الجانب، وفلان من عرض العشيرة أي من شقها لا من ضميمها، ومراد الفقهاء بعد العصبات، وقيل: المراد بالعرض ههنا: أبعد الناس في المنزلة، أي أضعفهم وأرذلهم. أن ينزعه: أي أن يمنعه من الوضع، وأن يكلفه الرفع بعد الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن إذا وضع بغير إذن الإمام؛ لأن التدبير فيما يكون حقاً للامة إلى الإمام لتسكين الفتنة، فالذي يضع بغير إذن الإمام يفتات على رأي الإمام فيه، فلكل واحد أن يكره عليه. [الكفاية ٢٣٩/٩]

متعنت: المتعنت هو الذي يضر غيره. لا ضرر ولا ضرار إلخ: أي لا يضر الرجل أخاه ابتداءً، ولا جزاءً؛ لأن الضرر يكون بمعنى الضرر، وهو يكون من واحد، والضرار من اثنين. بمعنى المضارة، وهو أن تضر من ضرر، كذا في "المغرب"، والضرر في الجزاء هو أن يتعدى المجازي على قدر حقه في القصاص، أو غيره. [الكفاية ٢٤٠/٩]

في الإسلام".* قال: وليس لأحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ أن يشرع كنيفاً ولا ميزاباً إلا ياذنهم؛ لأنها مملوكة لهم، ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال، فلا يجوز التصرفُ أضربَ بهم، أو لم يضربَ إلا ياذنهم. وفي الطريق النافذ له التصرف إلا إذا أضربَ؛ لأنه يتعذر الوصولُ إلى إذن الكل، فجعل في حق كل واحد، كأنه هو المالك وحده حكماً؛ كيلا يتعطلَّ عليه طريقُ الانتفاع، ولا كذلك غير النافذ؛ لأن الوصول إلى إرضائهم ممكن، فبقي على الشركة حقيقةً وحكماً. قال: ^{القُدوري} وإذا أشرع في الطريق روشنًا، أو ميزاباً، أو نحوه، فسقط على إنسان فعطب: ^{أخرج} فالدنية على عاقلته؛ لأنه مسبب لتلفه متعدُّ بشغله هواء الطريق، ^{المشرع}

من أهل الدرب: الدرب الباب الواسع على السكة، والمراد به السكة ههنا. (العناية) إلا ياذنهم: أي ياذن أصحاب ذلك الدرب. لأنها مملوكة لهم: أي الغالب أنها مملوكة، وذكر الإمام الكسائي رحمته الله إلا أن يأذن جميع أهل الدرب؛ لأنها مملوكة لهم هذا هو الغالب، وفي "الجامع الصغير" لفخر الإسلام رحمته الله: المراد بغير النافذة المملوكة، وليس ذلك بعله الملك، فقد تنفذ، وهي مملوكة، وقد بسد منفذها، وهي للعامة، ولكن ذلك دليل على الملك غالباً، فأقيم مقامه، ووجب العمل به، حتى يدل الدليل على خلافه. [الكفاية ٢٤٠/٩ - ٢٤١] على كل حال: أي قريباً بالدار المبيعة، أو بعيداً. إرضائهم: أي إرضاء أصحاب الغير النافذ. روشنًا: الروشن: الممر على العلو، وهو مثل الرف كذا في "المغرب"، وقيل: الروشن الخشبة الموضوعة على جداري السطحين ليتمكن من المرور. [الكفاية ٢٤١/٩]

* روي من حديث عبادة بن الصامت وابن عباس وأبي سعيد الخدري وأبي هريرة وأبي لبابة وثعلبة بن مالك وجابر بن عبد الله وعائشة. [نصب الراية ٣٨٤/٤] فحديث الخدري رواه الحاكم في "المستدرک" من حديث عثمان بن محمد بن عثمان بن ربيعة بن أبي عبد الرحمن حدثني عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه عن أبي سعيد الخدري أن النبي صلی الله علیه وسلم قال: "لا ضرر ولا ضرار من ضره الله، ومن شق الله عليه". وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. [٥٧/٢، في البيوع]

وهذا من أسباب الضمان، وهو الأصل، وكذلك إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب. وكذا إذ تعثر بنقضه إنسان أو عطلت به دابة، وإن عثر بذلك رجل، فوقع على ^{القاعدة الكلية} ^{فمقط} ^{النقض} ^{بالنقض} آخر فماتا: فالضمان على الذي أحدثه فيهما؛ لأنه يصير كالدافع إياه عليه. وإن سقط الميزاب: نُظِر، فإن أصاب ما كان منه في الحائط رجلاً، فقتله: فلا ضمان عليه؛ لأنه غير متعدٍ فيه؛ لما أنه وضعه في ملكه. وإن أصابه ما كان خارجاً من الحائط، فالضمان على الذي وضعه فيه؛ لكونه متعدياً فيه، ولا ضرورة؛ لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط، ولا كفارة عليه، ولا يُحرم عن الميراث؛ لأنه ليس بقاتل حقيقةً. ولو أصابه الطرفان جميعاً، ^{الخارج والداخل} وعلم ذلك: وجب النصف، وهَدَرَ النصفُ كما إذا جرحه سبع وإنسان، ولو لم يعلم أي طرف أصابه: يضمن النصف؛ اعتباراً للأحوال. ولو أشرع جناحاً إلى الطريق،

وهذا: أي التسبب بطريق التعدي. (البنية) سقط شيء: أي تجب الدية على العاقلة. [البنية ٢٣٢/١٣] ذكرنا: يعني الكنيف والميزاب والجرح. (العناية) فالضمان إلخ: أي فضاهاهما على من أشرع الروشن أو غيره. [الكفاية ٢٤١/٩] يعني ضماهما على الحدث، ولا ضمان على الذي عثر به؛ لأنه مدفوع في هذه الحالة، والمدفوع كالألة. (العناية) ليس بقاتل حقيقةً: يعني أن الكفارة وحرمان الميراث إنما يجبان بالقتل حقيقةً، وهذا ليس بقتل حقيقةً، وإلا لساوى الملك غيره كما في الرقي، قيل: إن كان قتلاً حقيقةً، فالقياس شمول الوجوب في الضمان والكفارة والحرمان، وإن لم يكن، فالقياس عدمه فيها، والجواب أن الضمان يعتمد الإلتاف بطريق التعدي؛ صيانة التعدي للدماء عن الهدر، وقد يتحقق بإحداثه في الطريق ما ليس له ذلك، وأما الكفارة والحرمان، فيعتمد أن القتل عمداً، أو خطأ، ولم يوجد شيء منهما. [العناية ٢٤١/٩] اعتباراً للأحوال: يعني يعلم بيقين أنه قتل الجراحة، ولا يعلم أنه بأي الطرفين كان، فإن كان بالطرف الداخل، فلا ضمان، وإن كان بالخارج فعليه ضمان، فيجعل كأنه حصل بالطرفين. [العناية ٢٤١/٩] ولو أشرع جناحاً: قال صاحب "القاموس": الجناح الروشن، ثم قال: الروشن الكوة.

ثم باع الدار، فأصاب الجناحُ رجلاً فقتله، أو وضع خشبة في الطريق، ثم باع الخشبة وبرىء إليه منها، فتركها المشتري حتى عَطِبَ بها إنسان: فالضمان على ^{المشتري} البائع؛ لأن فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه، وهو الموجب. ولو وضع في الطريق جَمَراً، فأحرق شيئاً: يضمنه؛ لأنه متعدٌ فيه، ولو حركته الريحُ إلى موضع آخر، ثم أحرق شيئاً: لم يضمنه؛ لنسخ الريح فعله. وقيل: إذا كان اليوم ريحاً يضمنه؛ ^{صاحب الريح} لأنه فعله مع علمه بعاقبته، وقد أفضى إليها، فجعل كمبرشته. ولو استأجر ربَّ ^{الإفشاء} ^{ذلك بنفسه} الدار العملة لإخراج الجناح، أو الظلة، فوقع،

وبرىء إليه منها: أي برىء مما يحدث منه، وهذا التبري لا ينفعه؛ لأنه يبرأ من ضمان يجب عليه، وتبرؤ الإنسان عن ضمان يجب عليه للغير باطل، وإن كان بعد سبب الوجوب. [الكفاية ٢٤١/٩] لم ينفسخ: وكذلك في الجناح وجدت الجناية من البائع لشغل هواء المسلمين بالجناح، وبالباع لم يزل هذا الشغل، فبقيت جناية على حالها، فإن قيل: المشتري جان أيضاً بالامتناع من الرفع مع تمكنه منه شرعاً. قلنا: المشتري غير مباشر، ولا مسبب؛ لانعدام الفعل منه، وإنما صار تاركاً معروفاً، فلا يضمن كمن رأى أعمى يقع في البئر فلم يمنعه من الوقوع حتى مات. [الكفاية ٢٤٢/٩]

ولو حركته: أي حركت الريح عين الجمر، وإنما قيد به؛ لأن عند بعض أصحابنا: أن الريح إذا هبت بشرارها، فأحرقت شيئاً فالضمان عليه في ذلك؛ لأن الريح إنما ذهبت بشرارها، ولم تذهب بعينها، فالعين باقية في مكانه، فكانت الجناية باقية، فكان ضمان ذلك عليه. (الكفاية) يضمنه: هذا اختيار الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وكان شمس الأئمة الحلواني رحمه الله لا يقول بالضمان من غير تفصيل كذا في "الذخيرة". (الكفاية) وقد أفضى إليها: أي إلى عاقبته، وهو الحرق بواسطة الريح، فلا ينفسخ حكم فعله بالانتقال من موضع إلى موضع؛ لأنه كان عالماً به بمنزلة الدابة التي جالت في رباطها، كذا في "المبسوط". [الكفاية ٢٤٢/٩]

لإخراج الجناح: أي قال المستأجر للأجراء: أشرعوا لي جناحاً علي فناء داري وأخبرهم أنه ليس له حق إشراع الجناح، أو لم يخبرهم، حتى بنوا جناحاً بأمره، ثم سقط فأتلف شيئاً إلخ. [الكفاية ٢٤٣/٩]

فقتل إنساناً قبل أن يفرغوا من العمل: فالضمان عليهم؛ لأن التلف بفعلهم، وما لم يفرغوا: لم يكن العمل مسلماً إلى ربّ الدار؛ وهذا لأنه انقلب فعلهم قتلاً، حتى وجبت عليهم الكفارة، والقتل غير داخل في عقده، فلم ينتقل فعلهم إليه فاقْتَصَرَ الضمان المستأجر عليهم. وإن سقط بعد فراغهم: فالضمان على ربّ الدار استحساناً؛ لأنه صح الاستتجار، حتى استحقوا الأجر، ووقع فعلهم عمارةً وإصلاحاً، فانتقل فعلهم إليه، فكأنه فعل بنفسه، فلهذا يضمنه. وكذا إذا صبّ الماء في الطريق، فعُطِبَ به إنسان أو دابة، وكذا إذا رش الماء أو توضأ؛ لأنه متعدي فيه بإلحاق الضرر بالمارة، بخلاف ما إذا فعل ذلك في سكة غير نافذة، وهو من أهلها، أو قعد أو وضع متاعه؛ لأن لكل واحد أن يفعل ذلك فيها؛ لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة، قالوا: هذا إذا رشّ ماءً كثيراً بحيث يُزلق به عادة، أما إذا رشّ ماءً قليلاً كما هو المعتاد، والظاهر أنه لا يزلق به عادةً لا يضمن.

استحساناً: وفي القياس هذا كالأول؛ لأنهم باشروا إحداث ذلك في الطريق، وصاحب الدار ممنوع من إحداثه، وإنما يعتبر أمره فيما له أن يفعل بنفسه. [الكفاية ٢٤٣/٩] صح الاستتجار: يعني بالنظر إلى أنه ينتفع بفناء داره، وإنما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل، فبالنظر إلى هذا كان أمره معتبراً. فكأنه فعل بنفسه: ولو فعله بنفسه يقيد بشرط السلامة؛ لكونه غير مملوك له، فكذا إذا أمر به. (العناية) ذلك: يعني الصب والرش والوضوء. [العناية ٢٤٣/٩]

وضع متاعه: فعطب به إنسان. (الكفاية) كما في الدار إلخ: يعني أن له أن يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى، وهو اعتبار لحق الملك بحقيقته. [العناية ٢٤٣/٩-٢٤٥] لا يضمن: لأنه إذا أزلق يكون ذلك من خوفه. [البنية ٢٣٤/١٣]

ولو تعمد المرور في موضع صبَّ الماء، فسقط: لا يضمن الراش؛ لأنه صاحب علة، وقيل: هذا إذا رشَّ بعض الطريق؛ لأنه يجد موضعاً للمرور، ولا أثر للماء فيه، فإذا تعمد المرور على موضع صبَّ الماء مع علمه بذلك: لم يكن على الراش شيء وإن رشَّ جميع الطريق: يضمن؛ لأنه مضطر في المرور، وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في أخذها جميعه، أو بعضه. ولو رشَّ فناء حانوت بإذن صاحبه: فضمان ما عطب على الأمر استحساناً، وإذا استأجر أجيراً ليبي له في فناء حانوته، فتعقل به إنسان بعد فراغه من العمل، فمات: يجب الضمان على الأمر استحساناً، ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق: فالضمان على الأجير؛ لفساد الأمر. قال: ومن حفر الأجير بئراً في طريق المسلمين، أو وضع حجراً، فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته، وإن تلفت بهيمة، فضمامها في ماله؛ لأنه متعدِّ فيه، فيضمن ما يتولَّد منه، غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال، فكان ضمان البهيمة في ماله، وإلقاء التراب،

صاحب علة: والعلة إذا صلحت لإضافة الحكم إليها بطل غيرها. (العناية) هذا: أي عدم وجوب الضمان على الراش. [البنية ١٣/٢٣٤] فناء حانوت: الفناء سعة أمام البيوت، وقيل: ما امتد من جوانبها، كذا في "المغرب"، وذكر الإمام التمرتاشي: الفناء ما أعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب. [الكفاية ٩/٢٤٥] فتعقل: أي فحس، وتعلق بالبناء. [العناية ٩/٢٤٥]

استحساناً: هذا إذا لم يكن الفناء مملوكاً للمستأجر. (الكفاية) فالضمان على الأجير إلخ: بخلاف الفناء؛ لأنه مباح له فيما بينه وبين ربه إحداث مثل ذلك في فناء إذا كان لا يتضرر به غيره، وقد جرت العادة بذلك في بلاد المسلمين فاعتبر أمره في ذلك، ولكن لما كان الفناء غير مملوك له يتقيد بشرط السلامة. [الكفاية ٩/٢٤٥-٢٤٦] في طريق المسلمين: المراد بالطريق في الكتب: الطريق في الأمصار دون الفياقي والصحاري؛ لأنه لا يمكن العدول عنه في الأمصار غالباً دون الصحاري. (رد المحتار)

واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة؛ لما ذكرنا؛ بخلاف ما إذا كنس الطريق ^{ملك} فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن؛ لأنه ليس بمتعدٍّ، فإنه ما أحدث شيئاً فيه إنما قصد دفع الأذى عن الطريق، حتى لو جمع الكناسة في الطريق ^{الطريق} وتعلل به إنسان: كان ضامناً؛ لتعدّيه بشغله. ولو وضع حجراً فنحاه غيره عن موضعه، فعطب به إنسان: فالضمان على الذي نحاه؛ لأن حكم فعله قد انتسخ؛ لفراغ ما شغله، وإنما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر. وفي "الجامع الصغير": في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق، فإن أمره السلطان بذلك، أو أجبره عليه: لم يضمن؛ لأنه غير متعدٍّ حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة، وإن كان بغير أمره: فهو متعدٍّ، إما بالتصرف في حق غيره، أو بالافتيات على رأي الإمام، أو هو مباح مقيد بشرط السلامة، ^{حفر البئر}

لما ذكرنا: أي لأنه متعد فيه. (البنية) الكناسة: ما يحصل من الكنس. فنحاه غيره: أي حوله عن موضعه إلى موضع آخر. (رد المحتار) انتسخ: أي فعل الواضع الأول. وفي "الجامع الصغير" إلخ: وذكر رواية "الجامع الصغير"؛ لاشتغالها على بيان إذن الإمام. [العناية ٢٤٦/٩] البالوعة: وهو ما يحفر في وسط الدار ليجمع ماء الوضوء وماء المطر، وفي "الصحيح": البالوعة ثقب في وسط الدار. [البنية ٢٣٦/١٣] بالتصرف: فإن الطريق مشترك. أو بالافتيات: الافتيات الاستبداد بالرأي افتعال من الفتوت بمعنى السبق. (الكفاية) أو هو مباح إلخ: لأن الانتفاع بطريق العامة إنما يباح بشرط السلامة، وفي "شرح الأقطع": وقد قالوا: لو قعد في الطريق ليستريح، أو لمرض أضعفه، فعثر به إنسان ضمن؛ لأن المشي في الطريق مباح بشرط السلامة كما أن الله تعالى أباح الرمي إلى الصيد، ولو رمى إلى صيد، فأصاب آدمياً، أو شاة ضمن؛ فاعتبر فيه السلامة فكذلك ههنا.

وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فُعلَ في طريق العامة مما ذكرناه وغيره؛ لأن المعنى لا يختلف. وكذا إن حفره في ملكه لا يضمن؛ لأنه غير متعدٍّ، وكذا إذا حفره في فناء داره؛ لأن له ذلك لمصلحة داره، والفناء في تصرفه، وقيل: هذا إذا كان ^{الحفر} _{عدم الضمان} الفناء مملوكاً له، أو كان له حقُّ الحفر فيه؛ لأنه غير متعدٍّ، أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً، بأن كان في سكة غير نافذة: فإنه يضمنه؛ لأنه مسبب متعدٍّ وهذا صحيح. ولو حفر في الطريق، ومات الواقع فيه جوعاً، أو غمّاً: لا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة رحمته الله؛ لأنه مات لمعنى في نفسه، فلا يضاف إلى الحفر، والضمنان إنما يجب إذا مات من الوقوع، وقال أبو يوسف رحمته الله: إن مات جوعاً فكذلك،

على هذا التفصيل: يعني أنه لو فعل بأمر من له الولاية في الأمر، لم يضمنه، ولو فعل بنفسه من غير أمر أحد ضمنه. (العناية) مما ذكرناه: يعني من أول الباب إلى هنا من إخراج الكيف والميزاب والجر صن وبناء الدكان وإشراع الروشن وحفر البئر. (العناية) وغيره: يعني ما لم يذكره في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع. (العناية) وكذا إن حفر إلخ: يعني كما إذا أمره الإمام، فحفر في طريق المسلمين لم يضمن ما تلف به كذلك إذا حفره في ملكه، وإن لم يأذن له الإمام. [العناية ٢٤٦/٩] فناء داره: يعني وإن لم يكن الفناء ملكه. (العناية) حقُّ الحفر: بأن لا يضر لأحد، أو أذن له الإمام. [البنية ٢٤٧/٩] وهذا: يعني هذا الجواب وهو أن يضمن إذا كان الفناء لجماعة المسلمين، أو كان مشتركاً إذا كان في سكة غير نافذة صحيح. (العناية) غمّاً: أي الخناقاً بالعفونة، قال في "الصحيح": يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر. [العناية ٢٤٧/٩] لأنه مات لمعنى إلخ: أي صار كأنه مات حتف أنفه لا بسبب الوقوع في البئر، وفي "المبسوط": وأبو حنيفة رحمته الله يقول: إنما يصير هلاكه مضافاً إلى الحفر إذا هلك بسبب الوقوع؛ ليجعل الحافر كالدافع، فأما إذا طرأ عليه سبب آخر، هو سبب هلاكه كالجوع الذي هاج من طبعه، أو الغم الذي أثر في قلبه، فإنما يكون هلاكه مضافاً إلى هذا السبب، ولا صنع للحافر فيه. [الكفاية ٢٤٧/٩]

وإن مات غمًّا فالحافر ضامن له؛ لأنه لا سبب للغمِّ سوى الوقوع، أما الجوع فلا يختصُّ بالبئر. وقال محمد رحمته الله: هو ضامن في الوجوه كلها؛ لأنه إنما حدث بسبب الوقوع؛ إذ لولاه لكان الطعام قريباً منه. قال: وإن استأجر أجراً، فحفروها له في غير فئائه: فذلك على المستأجر، ولا شيء على الأجراء إن لم يعلموا أنها في غير فئائه: لأن الإجارة صحت ظاهرة إذا لم يعلموا، فنقل فعلهم إليه؛ لأنهم كانوا مغرورين، فصار كما إذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها، ثم ظهر أن الشاة لغيره، من المستأجر إلا أن هناك يضمن المأمور، ويرجع على الأمر؛ لأن الذابح مباشر، والأمر مسبب، والترجيح للمباشرة، فيضمن المأمور، ويرجع المغرور، وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداءً؛ لأن كل واحد منهما مسبب، والأجير غير متعدٍّ، والمستأجر متعدٍّ، فيرجح جانبه. وإن علموا ذلك: فالضمان على الأجراء؛

لأنه لا سبب للغمِّ إلخ؛ لأنه أثر جعل الأرض عميقاً، وهو من آثار حفرة، فإن البئر تنبعث منها العفونة، فلا يكون للغم سبب سوى الوقوع في البئر، وأما الجوع فله سبب آخر سوى الوقوع، وهو بعد الطعام عنه، واحتراق معدته حين لم يبق فيها من مواد الطعام. (الكفاية) بسبب الوقوع: والحافر متعدٍّ في ذلك السبب. [الكفاية ٢٤٧/٩] قال: أي المصنف، وليس لفظة "قال" في غالب النسخ. [البنية ٢٣٨/١٣] فحفروها له: في غير فئائه يعني بأن كان الفناء للغير، أو طريقاً للعامة لكنه غير مشهور. [العناية ٢٤٧/٩] فنقل: هذا دليل كون الضمان على المستأجر. [العناية ٢٤٧/٩] لأنهم: دليل قوله: ولا شيء على الأجراء. [العناية ٢٤٧/٩] فصار: أي وصار هذا الأمر في صحته ظاهراً، وكون المأمور مغروراً كالأمر بذبح شاة ظهر فيها استحقاق الغير. [العناية ٢٤٧/٩-٢٤٨] ثم ظهر: فالضمان يتقرر على الأمر. إلا أن هناك: أي في الأمر بذبح الشاة. [البنية ٢٣٨/١٣] للمباشرة: وفي نسخة: للمباشر.

لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له، ولا غرور، فبقي الفعل مضافاً إليهم. وإن قال لهم: هذا فَنائي، وليس لي فيه حقّ الحفر، فحفروا فمات فيه إنسان: فالضمان ^{الأجراء} على الأجراء قياساً؛ لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرّهم، وفي الاستحسان: الضمان على المستأجر؛ لأن كونه فناءً له بمنزلة كونه مملوكاً له؛ لانطلاق يده في التصرف فيه من إلقاء الطين والحطب، وربط الدابة والركوب، وبناء الدكان، فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا، فكفى ذلك؛ لنقل الفعل إليه. قال: ومن جعل قنطرةً بغير إذن الإمام، فتعمّد رجل المرور عليها فعطب، فلا ضمان على الذي عمل القنطرة، وكذلك إن وضع خشبةً في الطريق فتعمّد رجل المرور عليها؛ لأن الأول تعدُّ هو تسبب،

لم يصح أمره [فلا يتقل فعلهم إليه] بما ليس إلخ: وفي عبارته تسامح؛ لأن صحة الأمر فيما نحن فيه لا يحتاج إلى كون المأمور به في ملكه، حتى يصح التعليل بقوله؛ لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له، بل المناسب أن يقال: لأن الأمر لم يصح ظاهراً حيث علموا، وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين الأمر بإشراع الجناح فإن الأجراء هناك إذا لم يعلموا ضمنوا، ورجعوا على الأمر، وههنا لم يضمنوا أصلاً، والجواب ما أشار إليه المصنف في ذبح شاة غيره، بأن الذابح مباشر، والأمر مسبب، وقد تقدم أن إشراع الجناح كذبح الشاة إذا ظهر استحقاقها. [العناية ٢٤٨/٩] ما ذكرنا: يعني قوله: لانطلاق يده في التصرف إلخ. [العناية ٢٤٩/٩]

قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية) قنطرة: القنطرة ما أحكم بناؤه ولا يرفع، والجسر ما يوضع ويرفع. [البنية ٢٣٩/١٣] لأن الأول [أي جعل القنطرة ووضع الخشبة بغير إذن الإمام] تعدُّ؛ وإنما سمي بناء القنطرة تعدياً؛ لأن الذي جعل القنطرة فوت حقاً على غيره، فإن التدبير في موضع القناطر على الأنهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للإمام، فكأنه جناية بهذا الاعتبار، والجناية تعدد كذا في "مبسوط شيخ الإسلام". [الكفاية ٢٤٩/٩]

والثاني تعدُّ هو مباشرة، فكانت الإضافةُ إلى المباشر أولى، ولأن تخلُّل فعلٍ فاعلٍ مختارٍ يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقى. قال: ومن حمل شيئاً في الطريق فسقط إلى السبب ^{فالنسبة إلى الملقى} على إنسان، فعطب به إنسان: فهو ضامن، وكذا إذا سقط فتعثر به إنسان، وإن ^{يسقطه عليه} كان رداءً قد لبسه، فسقط عنه فعطب به إنسان: لم يضمن، وهذا اللفظ يشمل الوجهين. والفرق: أن حامل الشيء قاصد حفظه، فلا حرج في التقييد بوصف السلامة، واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه، فيخرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه ^{اللبس} مباحاً مطلقاً. وعن محمد رحمته الله: أنه إذا لبس ما لا يلبسه عادة،

والثاني [أي المرور بالتعمد] تعدُّ: هو مباشرة؛ لأنه إذا تعمد المرور بأن كان بصيراً أو يجد موضعاً آخر للمرور صار متعمداً، فينسب التلف إليه دون المسبب، وصار كأنه أتلف نفسه، فأما إذا لم يتعمد بأن كان أعمى، أو مر ليلاً يضمن إذا وضعه بغير إذن الإمام، فأما إذا وضعه بإذن الإمام فلا يضمن. [الكفاية ٢٤٩/٩] قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". [البنية ٢٣٩/١٣] فهو ضامن: لأن حمل المتاع في الطريق على رأسه، أو على ظهر مباح؛ لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمي إلى الهدف، أو الصيد. وإن كان رداء: قيد باللبس؛ لأنه إن كان حاملاً له، فسقط على إنسان، فعطب به، أو سقط، فتعثر به إنسان يضمن. وهذا اللفظ: يعني قوله: فعطب به، فهو ضامن يشتمل الوجهين، وهما تلف الإنسان بوقوع الشيء المحمول عليه، وتلفه بالتعثر به،... وفي بعض الشروح جعل قوله: وهذا اللفظ إشارة إلى قوله: فعطب به إنسان لم يضمن، وهو بالنسبة إلى الرداء فاسد؛ لأن موت الإنسان بسقوط الرداء عليه غير متصور. [العناية ٢٤٩/٩-٢٥٠] والفرق: أي بين الشيء المحمول حيث يجب الضمان به فيما إذا هلك إنسان وبين الثوب الملبوس حيث لا يجب الضمان فيه وإن هلك إنسان بوقوعه عليه. [البنية ٢٤٠/١٣] في التقييد: فإذا انتفى السلامة بأن عطب به إنسان لزم الضمان. مطلقاً: يعني من غير شرط السلامة. [البنية ٢٤٠/١٣] ما لا يلبسه عادة: يعني مثل اللبد والجوارق ودروع الحرب في غير موضع الحرب. [العناية ٢٥٠/٩]

فهو كالحامل؛ لأن الحاجة لا تدعوا إلى لبسه. قال: وإذا كان المسجد للعشيرة، فعلق رجل منهم فيه قنديلاً، أو جعل فيه بوارى أو حصّاه، فعطب به رجل: لم يضمن، وإن كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة: ضمن، قالوا: هذا عند أبي حنيفة رحمته الله. وقالوا: لا يضمن في الوجهين؛ لأن هذه من القُرب، وكلُّ أحد مأذون في إقامتها، الأفعال من أهل المسجد فلا يتقيد بشرط السلامة كما إذا فعله بإذن واحد من أهل المسجد. ولأبي حنيفة رحمته الله: وهو الفرق: أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كَنَصَبِ الإمام واختيار المتولي، وفتح بابه، وإغلاقه، وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها غير أهله، فكان فعلهم مباحاً مطلقاً غير مقيد بشرط السلامة، وفعل غيرهم تعدياً، أو مباحاً مقيداً بشرط السلامة، وقصدُ القرية لا ينافي الغرامة إذ أخطأ الطريق كما إذا تفرّد بالشهادة على الزنا، والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله. المسجد

فهو كالحامل: أي لبس ثوباً زيادة على قدر الحاجة يضمنه إذا سقط منه، وعطب به إنسان؛ لأنه لا تعم به البلوى. [الكفاية ٢٥٠/٩] قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". (البنية) للعشيرة: يعني أهل المسجد. (العناية) العشيرة: القبيلة ذكره في "الصحاح". [البنية ٢٤٠/١٣] ضمن: يعني إذا فعل ذلك بغير إذن أحد من العشيرة. [العناية ٢٥٠/٩] وقالوا: وقال الحلواني: أكثر المشايخ أخذوا بقولهما في هذه المسألة، وعليه الفتوى. (البنية) الوجهين: وهما إذن الإمام، أو إذن العشيرة. [البنية ٢٤١/١٣] غير أهله: فلهم تكرار الجماعة، بخلاف ما إذا سبقوا بها، فإنه ليس لغيرهم أن يكرر الجماعة. (العناية) وقصدُ القرية: جواب عن قولهما: لأن هذه من القرب. [العناية ٢٥١/٩] إذا تفرّد بالشهادة إلخ: فإن شهادته من حيث أنه شهادة في حقوق الله تعالى حسبة كانت أو قرية، ولكن من شرط قبول الشهادة في الزنا أن يكون الشهود أربعة ممن يسمع شهادته، فإذا نقصت تلك الشهادة من ذلك العدد انقلبت الشهادة قذفاً، فيجب حد القذف على الشاهد. [الكفاية ٢٥٠/٩-٢٥١]

قال: وإن جلس فيه رجل منهم، فعطب به رجل: لم يضمن إن كان في الصلاة، ^{المسجد} ^{العشيرة} ^{بأن عثر به} وإن كان في غير الصلاة ضمن، وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله. وقالوا: لا يضمن على كل حال، ولو كان جالساً لقراءة القرآن، أو للتعليم أو للصلاة، أو نام فيه أثناء الصلاة، أو نام في غير الصلاة أو مرّ فيه مارّاً أو قعد فيه لحديث، فهو على هذا الاختلاف. وأما المعتكف: فقد قيل: على هذا الاختلاف، وقيل: لا يضمن بالاتفاق، لهما: أن المسجد إنما بني للصلاة والذكر، ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها، فكان الجلوس فيه مباحاً؛ لأنه من ضرورات الصلاة، أو لأن المنتظر للصلاة في الصلاة حكماً بالحديث، فلا يضمن كما إذا كان في الصلاة.

قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". (البنية) في الصلاة: سواء كانت الصلاة فرضاً أو نفلاً. (العناية) ضمن: أي إن لم يكن فيها بل كان قاعداً لغيرها. (العناية) أو للتعليم: أي تعليم الفقه أو الحديث. [العناية ٢٥١/٩] أو للصلاة: يعني منتظراً لها. (العناية) وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمته الله في "شرح الجامع الصغير"، والصحيح من الجواب على قول أبي حنيفة رحمته الله: إنه إذا كان الجالس منتظراً للصلاة، فإنه لا يكون ضامناً لما يعطب به؛ لقوله عليه السلام: "المنتظر للصلاة في الصلاة ما دام ينتظرها"، وإنما الخلاف فيما إذا جلس لعمل لا يكون له اختصاص بالمسجد من درس الفقه، أو الحديث، أو قراءة القرآن. [الكفاية ٢٥١/٩]

أو قعد فيه لحديث: وذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد في شرح "الجامع الصغير": إن جلس للحديث فعطب به رجل ضمن بالإجماع؛ لأنه غير مباح، وإن جلس من غير العشيرة فيه في الصلاة، فتعقل به إنسان لا يضمن في الصحيح؛ لأن المساجد أعدت لصلاة العامة من غير خصوص، فكان لكل واحد أن يصلي فيه وحده، وإنما المفوض إلى أهل المسجد أمر الصلاة بالجماعة. [الكفاية ٢٥٣/٩]

فهو: أي إذا عثر به إنسان فمات. إنما بني للصلاة إلخ: قال الله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ اللَّهُ أَنْ تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ يُسَبِّحُ لَهُ فِيهَا بِالْغُدُوِّ وَالْآصَالِ﴾ وقوله: ﴿وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ﴾. [العناية ٢٥٣/٩]

وله: أن المسجد بني للصلاة، وهذه الأشياء ملحقة بها، فلا بد من إظهار التفاوت، فجعلنا الجلوس للأصل مباحاً مطلقاً، والجلوس لما يلحق به مباحاً مقيداً بشرط السلامة، ولا غَرْوَ أن يكون الفعل مباحاً، أو مندوباً إليه، وهو مقيد بشرط السلامة لا عجب كالرمي إلى الكافر، أو إلى الصيد، والمشي في الطريق، والمشي في المسجد إذا وطئ غيره، والنوم فيه إذا انقلب على غيره. وإن جلس رجل من غير العشيرة فيه للصلاة، فتعقل به إنسان: ينبغي أن لا يضمن؛ لأن المسجد بني للصلاة، وأمر الصلاة بالجماعة إن كان مفوضاً إلى أهل المسجد، فلكل واحد من المسلمين أن يصلي فيه وحده. فهو غير متعد

فصل في الحائض المائل

قال: وإذا مال الحائضُ إلى طريق المسلمين، فطولب صاحبه بنقضه، القدوري

وله أن المسجد إلخ: يعني أن المسجد بني للصلاة وغيرها من العبادة تبع لها بدليل أن المسجد إذا ضاق على المصلي كان له أن يزجج القاعد عن موضعه حتى يصلي فيه، وإن كان القاعد مشتغلاً بذكر الله تعالى، وبقراءة القرآن أو التدريس أو معتكفاً، وليس لأحد أن يزجج المصلي عن مكانه الذي سبق إليه؛ لما أنه بني لها، واسمه يدل عليه؛ لأن المسجد اسم لموضع السجود، وفي العبادة أيضاً لا يعرف بناء المسجد إلا للصلاة، فإذا كان كذلك فلا بد من إظهار التفاوت بينهما، فكان الكون فيه في حق الصلاة مباحاً مطلقاً من غير تقييد بشرط السلامة، وفي حق غيرها مقيداً بشرط السلامة؛ ليظهر التفاوت بين الأصل والتبع. [العناية ٢٥٣/٩]

إظهار التفاوت: بين الملحق والملحق به. (البنية) بين الموضوع الأصلي وما لحق به. (العناية) للأصل: الذي هو الصلاة. (البنية) فتعقل به: أي فنشب به وتعلق. [البنية ٢٤٤/١٣] فصل في الحائض إلخ: لما كان الحائض المائل يناسب الجرحن والروشن والجناح والكتيف وغيرها ألحق مسائله بها في فصل على حدة. [العناية ٢٥٣/٩] فطولب إلخ: وصورة الطلب: أن يقول: إن حائضك هذا مائل فاهدمه، وفي "المنتقى": رجل له حائض مائل، فقال له آخر: اهدم هذا الحائض، فإنه مائل، فهذا إشهاد عليه، ولو قال له: ينبغي لك أن تهدمه، =

وأشهد عليه، فلم ينقضه في مدةٍ يقدر على نقضه حتى سقط: ضمن ما تلف به من نفس، أو مال، والقياس: أن لا يضمن؛ لأنه لا صنع منه مباشرة، ولا مباشرة شرط هو متعد فيه؛ لأن أصل البناء كان في ملكه، والميلانُ وشغل الهواء ليس من فعله، فصار كما قبل الإشهاد. وجه الاستحسان: أن الحائط لما مال إلى الطريق، فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه، ورفعهُ في يده، فإذا تقدم إليه وطولب بتفريغه يجب عليه، فإذا امتنع صار متعدياً بمنزلة ما لو وقع ثوبٌ ^{الشغل} إنسان في حجره يصير متعدياً ^{عن التفرغ} بالامتناع عن التسليم إذا طولب به كذا هذا، بخلاف ما قبل الإشهاد؛ لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب، ولأننا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفرغ، فينقطع المارةٌ حذراً على أنفسهم، فيتضررون به، ودفع الضرر العام من الواجب،

= فهذا ليس بإشهاد عليه بل هو مشورة، ويشترط لصحة التقدم، والطلب أن يكون التقدم والطلب إلى من له ولاية التفرغ؛ لأن الفعل إنما يطلب من القادر حتى لو تقدم إلى من يسكن الدار بإجارة أو إعارة، فلم ينقض الحائط، حتى سقط على إنسان لا ضمان على أحد. أما على السكان؛ فلأن التقدم إليهم لم يصح، وأما على المالك؛ فإنه لم يتقدم إليه، وكذلك يشترط أن يكون التقدم والطلب من صاحب الحق، والحق في طريق العامة للعامة، فيكتفي بطلب واحد من العامة، وفي السكة الخاصة الحق لأصحاب السكة، فيكتفي بطلب واحد منهم أيضاً، وفي الدار شرط طلب المالك، وإن كان فيها سكان لهم أن يطالبوه، وبعد صحة الطلب يشترط لوجوب الضمان دوام القدرة على التفرغ إلى وقت السقوط. [الكفاية ٢٥٣/٩]

وأشهد عليه: لا حاجة إلى الإشهاد، وذكره في الكتب؛ ليمكن في الإثبات عند الإنكار. لا يضمن: وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما في المنصوص عنه؛ لأنه بناه في ملكه ولا تعدي منه. (البنية) لأنه: أي لأنه لم يباشر التلف ولم يباشر ما هو شرط التلف، وهو متعد فيه. [الكفاية ٢٥٣/٩] كما قبل الإشهاد: أي في صنعه مباشرة، أما كونه لاصنع فيه فظاهر، وأما كونه لا مباشرة وهو القتل بسبب كحفر البئر ونحوه. [البنية ٢٤٦/١٣-٢٤٧/١٣] بالامتناع إلخ: حتى يضمن إذا هلك في يده. (البنية) بخلاف ما قبل إلخ: فإنه لا يضمن بالإجماع. [البنية ٢٤٧/١٣]

وله تعلق بالحائط، فيتعين لدفع هذا الضرر، وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع
صاحب الحائط ^{رب الحائط} العام منه، ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية، وتتحملها العاقلة؛ لأنه في كونه
الضرر جناية دون الخطأ، فيستحق فيه التخفيف بالطريق الأولى؛ كيلا يؤدي إلى استئصاله
انقطاعه بالكلية والإحجاف به وما تلف به من الأموال كالدواب والعروض يجب ضمائها في ماله؛
لأن العواقل لا تعقل المال، والشرط التقدم إليه، وطلب النقض منه دون الإشهاد،
وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند إنكاره، فكان من باب الاحتياط، وصورة
المطلوب بالهدم ^{الإشهاد} الإشهاد: أن يقول الرجل: أشهدوا أني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه
هذا، ولا يصح الإشهاد قبل أن يهي الحائط لانعدام التعدي.
ابتداء وانتهاء ^{ينيل}

وله تعلق إلخ: هذا جواب إشكال، وهو أن يقال: الهاء حق العامة، وقد اشتغل بهذا الحائط، فينبغي أن يكون
تفريغه عليهم، فأجاب بقوله: وله تعلق بالحائط يعني نقضاً وإبقاءً، فكأنه هو أولى بذلك. [البنية ٢٤٧/١٣]
يتحمل لدفع إلخ: كما في الرمي إلى الكفار وإن ترسوا بصبيان المسلمين أو بالأسارى، وقطع العضو
للاكلة عند خوف هلاك النفس. [الكفاية ٢٥٣/٩-٢٥٤] وتتحملها العاقلة: قال محمد ﷺ: إن العاقلة
لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء: على التقدم إليه في النقض، وعلى أنه مات من سقوطه عليه،
وعلى أن الدار له؛ لأن كون الدار في يده ظاهر، والظاهر لا يستحق به حق على الغير. [العناية ٢٥٣/٩]
بالطريق الأولى: أي هو أحق بذلك؛ لأن الجناية دون الخطأ، فيكون أدعى إلى التخفيف.
والإحجاف به: يعني بإتلاف ماله بأداء الدية. المال: بل تعقل دية النفس. والشرط التقدم: وهو أن
يقول صاحب الحق لصاحب الحائط: إن حائطك هذا مخوف، أو يقول: مائل فانقضه أو اهدمه حتى لا يسقط،
ولا يتلف شيئاً، ولو قال: ينبغي أن تهدمه، فذلك مشورة، ويشترط أن يكون التقدم من صاحب حق كواحد
من العامة مسلماً كان أو ذمياً، أو صيباً أو امرأة. [العناية ٢٥٣/٩-٢٥٤] فكان من باب إلخ: حتى لو
اعترف صاحبه أنه طولب بنقضه وجب عليه الضمان وإن لم يشهد عليه. [العناية ٢٥٤/٩]

قال: ولو بنى الحائط مائلاً في الابتداء قالوا: ^{الشايع} يضمن ما تلف بسقوطه من غير إشهاد؛ لأن البناء تعدُّ ابتداءً كما في إشراع الجناح. قال: وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم؛ لأن هذه ليست بشهادة على القتل، وشرط الترك في ^{القدوري} مدة يقدر على نقضه فيها؛ لأنه لا بد من إمكان النقض ليصير بتركه جانياً، ويستوي أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي؛ لأن الناس كلهم شركاء في المرور، فيصحّ التقدم إليه من كل واحد منهم، رجلاً كان أو امرأة، حرّاً كان أو مكاتباً، ويصحّ التقدم إليه عند السلطان وغيره؛ لأنه مطالبة بالتفريغ، فيتفرد كلُّ صاحب حق به. وإن مال إلى دار رجل، فالمطالبة إلى مالك الدار خاصة؛ لأن الحق له على ^{الحائط} الخصوص، وإن كان فيها سكان: لهم أن يطالبوه؛ لأن لهم المطالبة بإزالة ما شغل الدار، فكذا بإزالة ما شغل هوائها، ولو أجّله صاحب الدار، أو أبرأه منها، أو فعل ^{الجنابة} ذلك ساكنوها، فذلك جائز، ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط؛ لأن الحق لهم، ^{التأجيل} ^{التأجيل أو الإبراء} ^{صاحب الحائط}

كما في إشراع: أي لا يعد فيه ابتداء. (البنية) ليست بشهادة إلخ: يعني لو كانت شهادة على نفس القتل لم يقبل شهادة النساء بشبهة البدلية بل هي شهادة على ميلان الحائط، فتقبل شهادة رجل وامرأتين. [البنية ٢٤٩/١٣] لأن الثابت بهذا التقدم ما لا يسقط بالشبهة، وهو المال لا القتل. [الكفاية ٢٥٤/٩] ويستوي أن يطالبه إلخ: وفي "شرح الأقطع": وكذلك لو طالبت به امرأة أو صبي أو رجل غريب من بلد آخر؛ لأن جميع هؤلاء لهم حق المرور في الطريق، فصحت مطالبتهم لثبوت حقهم وفي "شرح الطحاوي": لو كان الحائط مائلاً إلى الطريق العام، فإن الخصومة فيه إلى الناس مسلماً كان أو ذمياً بعد أن كان حرّاً بالغاً عاقلاً كان أو صغيراً أذن له وليه بالخصومة فيه، أو كان عبداً أذن له مولاه بالخصومة فيه. [الكفاية ٢٥٤/٩] وإن مال إلخ: ههنا في نسخة العيني وجد قال أي القدوري.

بخلاف ما إذا مال إلى الطريق، فأجَّله القاضي، أو مَنْ أشهد عليه حيث لا يصح؛
 لأن الحق لجماعة المسلمين، وليس إليهما إبطالُ حقهم. ولو باع الدارَ بعد ما أشهد
 عليه، وقبضها المشتري: برئ من ضمانه؛ لأن الجناية بترك الهدم مع تمكنه، وقد زال
 تمكنه بالبيع، بخلاف إشراع الجناح؛ لأنه كان جانياً بالوضع، ولم يفسخ بالبيع،
 فلا يبرأ على ما ذكرنا، ولا ضمانٌ على المشتري؛ لأنه لم يُشْهَدْ عليه، ولو أشهد
 عليه بعد شرائه فهو ضامن؛ لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طُلب به، والأصل: أنه
 يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء، ومن لا يتمكن منه
 لا يصح التقدم إليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار، ويصح التقدم إلى
 الراهن؛ لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك، وإلى الوصي وإلى أب اليتيم، أو أمه
 في حائط الصبي؛ لقيام الولاية، وذكر الإمام في "الزيادات": والضمان في مال اليتيم؛
 لأن فعل هؤلاء كفعله، وإلى المكاتب؛ لأن الولاية له، وإلى العبد التاجر،
 إلى المكاتب

بخلاف إشراع إلخ: أي أشرع جناحاً إلى الطريق، ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلاً فقتله. ما ذكرنا: أشار به
 إلى قوله في باب ما يحدثه الرجل في الطريق: ولو أشرع جناحاً إلى الطريق فأصاب الجناح رجلاً، فالضمان
 على البائع. [البنية ٢٥٠/١٣] أب اليتيم: قال شيخنا العلّاء رحمته: المراد من اليتيم الصبي؛ لأن اليتيم
 لا أب له، والمراد من الأب الجد؛ لأن الجد يسمى الأب عند عدم الأب. [البنية ٢٥١/١٣]
 لقيام الولاية: للوصي والأب والأم. [البنية ٢٥١/١٣] لأن فعل هؤلاء كفعله: أي فعل الوصي والأب
 والأم كفعل الصبي، وفي "المبسوط": وإذا تقدم إلى أب الصبي، أو الوصي في نقض الحائط، فلم ينقضه حتى
 سقط، فأصاب شيئاً، فضمنه على الصبي؛ لأن الأب والوصي يقومان مقامه، ويملكان هدم الحائط، فصح
 التقدم إليهما فيه، ويكون ذلك كالتقدم إلى الصبي بعد بلوغه، ثم هما في ترك الهدم يعملان للصبي،
 وينظران له، فلهذا كان الضمان عليه دونهما كذا في "المبسوط". [الكفاية ٢٥٥/٩]

سواء كان عليه دين أو لم يكن؛ لأن ولاية النقص له، ثم التالف بالسقوط إن كان مالا فهو في عنق العبد^{رقبته}، وإن كان نفساً فهو على عاقلة المولى؛ لأن الإشهاد من وجه على المولى، وضمان المال أليق بالعبد، وضمان النفس بالمولى، ويصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه، وإن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده؛ لتمكُّنه من إصلاح نصيبه بطريقه، وهو المرافعة إلى القاضي^{الإصلاح}.

بالسقوط: فيما إذا تقدم إلى العبد. فهو في عنق العبد: حتى يباع العبد فيه كما يباع في ديون تجارته، وكان القياس أن يكون ذلك على المولى كضمان النفس، ولكن استحسنا الفرق بينهما، فقلنا: العبد في ضمان التزام المال كالحجر، فإنه ينفك الحجر عنه في اكتساب سبب ذلك في التزام ضمان الجناية على النفس هو كالحجور عليه؛ لأن فك الحجر بالإذن لم يتناول ذلك، فكان الضمان على عاقلة المولى كذا في "المبسوط". [الكفاية ٢٥٥/٩]

لأن الإشهاد من وجه إلخ: أما إذا لم يكن على العبد دين، فظاهر؛ لأن الملك في الدار للمولى ربة وتصرفاً، والعبد خصم من جهته، ألا ترى أنه لو ادعى إنسان حقاً في دار بيد مأذون له ينتصب خصماً، فكان الإشهاد عليه إشهاداً على المولى من وجه، وأما إذا كان عليه دين، فعندهما ظاهر، وعند أبي حنيفة رحمته للمولى أن يستخلصه بقضاء الدين، فكان هذا تقدماً إلى المولى من وجه، وتقدماً إلى العبد من وجه، فاعتبر في ضمان الأنفس تقدماً إلى المولى؛ لما ذكرنا أن فك الحجر بالإذن لم يتناول، وفي ضمان الأموال تقدماً إلى العبد؛ لأنه كالحجر فيه كما مر. [العناية ٢٥٥/٩]

بالمولى: لأن دية العبد غير قابلة لموجب جناية الدم؛ لأنه يشبه الصلاة، والعبد ليس بأهل لذلك. [البنية ٢٥٢/١٣]

ويصح التقدم إلخ: يعني لو أهلك أحد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه. [العناية ٢٥٥/٩]

لتمكنه من إلخ: هذا جواب الاستحسان، وأما جواب القياس فهو أن لا يضمن واحد من الورثة أما الذي تقدم إليه، فلعدم تمكنه من النقص، فلم يقد التقدم فائدته في حقه، فإن واحداً منهم كما لا يتمكن من بئانه لا يتمكن من نقضه أيضاً، وأما غيره من الورثة؛ فلعدم التقدم إليهم، فلم يكن واحد منهم متعدياً في ترك التفريغ. فأما جواب الاستحسان، فإنه يضمن هذا الذي أشهد عليه بحصته فيما أصابه؛ لأنه كان متمكناً من أن يطلب شركاء ليجمعوا على هدمه، وهذا لأن الإشهاد على جماعتهم متعذر عادة، فلو لم يصح الإشهاد على بعضهم في نصيبه أدى إلى الضرر، والضرر مدفوع كذا في "المبسوط". [الكفاية ٢٥٥/٩]

ولو سقط الحائط المائل على إنسان بعد الإشهاد فقتله، فتعثر بالقتيل غيره، فعطب:
 لا يضمنه؛ لأن التفريغ عنه إلى الأولياء لا إليه، وإن عطب بالنقض: ضمنه؛ لأن
 التفريغ إليه؛ إذ النقض ملكه، والإشهاد على الحائط إشهادٌ على النقض؛ لأن المقصود
 امتناع الشغل. ولو عطب بجرّة كانت على الحائط، فسقطت بسقوطه وهي ملكه:
 ضمنه؛ لأن التفريغ إليه، وإن كان ملك غيره: لا يضمنه؛ لأن التفريغ إلى مالكها.

لا يضمنه: أي لا يضمن صاحب الحائط القتل الثاني. (العناية) لأن التفريغ عنه: أي القتل الأول.
 برفعه مفروض إلى أوليائه؛ لأنهم الذين يتولون دفنه، وطولب بالفرق بينهما وبين ما إذا وقع الجناح في
 الطريق، فتعثر إنسان بنقضه ومات، ثم تعثر رجل بالقتيل ومات، فإن دية القتيلين جميعاً على صاحب
 الجناح، وأجيب: بأن إشرع الجناح في نفسه جناية، وهو فعله، فصار كأنه ألقاه بيده عليه، فكان
 حصول القتل في الطريق مضافاً إلى فعله كحصول نقض الجناح في الطريق، ومن ألقى شيئاً في الطريق
 كان ضامناً لما عطب به، وإن لم يملك تفريغ الطريق عنه، بخلاف مسألة الحائط، فإن نفس البناء ليس
 بجناية، وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانياً، لكن جعل كالفاعل بترك النقض في الطريق مع
 القدرة على التفريغ، والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القتل، فلذلك جعل فاعلاً في حق
 القتل الأول لا في حق القتل الثاني. [العناية ٢٥٦/٩]

لأن التفريغ إليه: أي لأن تفريغ الطريق عن نقض الحائط إلى صاحب الحائط. [البنية ٢٥٢/١٣]
 فسقطت بسقوطه: يعني الجرة بسقوط الحائط يشير إلى أنه لو وقعت الجرة وحدها، فأصابت إنساناً
 فلا ضمان عليه؛ لأنه وضعها على ملكه، وهو لا يكون متعدياً فيما يحدثه في ملكه، سواء كان الحائط
 مائلاً أو غير مائل كذا في "المبسوط". [العناية ٢٥٦/٩] ضمنه: حائط مائل أشهد عليه، فوضع صاحب
 الحائط أو غيره عليه جرة، فسقط الحائط، ورمى بالجرة على إنسان فقتله، فالضمان على صاحب الحائط،
 ولو عثر بالجرة أو بنقضها أحد إن كانت الجرة لغير صاحب الحائط فلا يضمن أحد، أما صاحب الحائط؛
 فلأن الإشهاد على الحائط لا يكون إشهاداً على الجرة، وأما صاحب الجرة؛ فلأنه لم يوجد الإشهاد عليه،
 حتى لو كانت الجرة لصاحب الحائط يضمن لقدرته على رفعها. [الكفاية ٢٥٦/٩]

قال: وإذا كان الحائضُ بين خمسة رجال أشهد على أحدهم، فقتل إنساناً: ضمن خُمُسَ الدية، ويكون ذلك على عاقلته، وإن كانت دار بين ثلاثة نفر، فحفر أحدهم فيها بئراً، والحفرُ كان بغير رضا الشريكين الآخرين، أو بنى حائطاً فعطب به إنسان: فعليه ثلثا الدية على عاقلته، وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: عليه نصفُ الدية على عاقلته في الفصلين، لهما: أن التلف بنصيب مَنْ أشهد عليه معتبر، وبنصيب مَنْ لم يشهد عليه هَدَرٌ، فكانا قسمين، فانقسم نصفين كما الضمان مرّ في عقر الأسد، ونفس الحية وجرح الرجل. وله: أن الموت حصل بعلّة واحدة، وهو الثقل المقدّر والعمق المقدّر؛ في البئر

قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". [البنية ٢٥٣/١٣] خمس دية: ألا ترى أنه لو أشهد عليهم جميعاً، ثم سقط على إنسان كان على كل واحد منهم خمس الدية، فيترك الإشهاد في حق الباقي لا يزداد الواجب على من أشهد عليه. [العناية ٢٥٦/٩-٢٥٧] ثلثا الدية: [أي فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائط. (العناية)] لكونه ظالماً في ثلثي نصيب شريكه، فيضمن ثلثي الدية، ولا يلزم ثلث الدية في نصيبه؛ لكونه غير متعد فيه. في الفصلين: أي في فصل الحائط المائل المشترك بين خمسة وفي فصل دار بين ثلاثة نفر، وقيل: جواب أبي حنيفة رحمته الله فيما إذا مات القاتل بثقل الحائط، وأبو يوسف ومحمد رحمتهما الله لا يخالفانه في ذلك، وجوابهما فيما إذا مات بسبب الجرح، بأن جرحه الحائط، وأبو حنيفة رحمته الله يوافقهما في ذلك. [الكفاية ٣٥٦/٩]

أن التلف إلخ: وعلى هذا تخرج مسألة البئر: فيقال لهما: اجتمع في حقه معنيان: أحدهما: موجب للضمان، وهو التعدي بالحفر في ملك غيره، والآخر: مانع عنه، وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه، فيجعل المعتبر جنساً، والهدر جنساً، فيلزمه نصف الضمان. [العناية ٢٥٧/٩] كما مر: في باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه، فالواجب القسم على ذي عقل وغيره. عقر الأسد إلخ: فإنه يكون نصفين: النصف على الخارج والنصف هدر. (البنية) الثقل المقدّر: أي في الحائط المهلك لا بمجرد الثقل، وبمجرد العقل؛ لأن اليسير من ذلك لا يصلح علة للتلف. [البنية ٢٥٣/١٣]

لأن أصل ذلك ليس بعدة وهو القليل، حتى يُعتبر كل جزء علةً، فيجتمع العِلَلُ، وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة، ثم تقسم على أربابها بقدر الملك، بخلاف الجراحات، فإن كل جراحة علة التلف بنفسها، صَغُرَتْ أو كَبُرَتْ على ما عرف، إلا أن عند المزاحمة أضيف إلى الكل؛ لعدم الأولوية.

لأن أصل ذلك [أي أصل الثقل والعمق كما في قوله تعالى ﴿عَوَانٌ بَيْنَ ذَلِكَ﴾]. [العناية ٢٥٦/٩] ليس بعدة. أي القليل من الثقل والعمق لا يوجب التلف بحال، حتى يعتبر كل جزء علة، فيعتبر الكل علة واحدة، فيضاف الحكم إليها، ثم يقسم على أربابها بقدر الملك، بخلاف الجراحات، فإن كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت أو كبرت إلا عند المزاحمة، أضيف إلى الكل؛ لعدم رجحان البعض على بعضها، فلما أضيف التلف إلى الكل، وبعض الجراحات معتبر في إضافة الضمان إليه، وبعضها غير معتبر، فجعل الذي هو غير معتبر شيئاً واحداً وإن تعدد، فلذلك صار الضمان نصفين، فاعتبر أحد النصفين وأهدر الآخر؛ وهذا لأنه إذا لم يصلح البعض لإضافة الحكم إليه، وصلح لقطع النسبة من المزاحمة ظهرت المزاحمة في قطع النسبة وإن لم يظهر في حق استحقاق الحكم. [الكفاية ٢٥٦/٩-٢٥٧]

كذلك: أي إذا ثبت أن العلة واحدة. بخلاف الجراحات: جواب عن قولهما: كما مر في عقر الأسد، ونفس الحية، وجرح الرجل. [العناية ٢٥٧/٩] لعدم الأولوية: في الإضافة إلى البعض. [البنية ٢٥٤/١٣]

باب جنابة البهيمة والجناية عليها

قال: الراكب ضامن لما أوطأت الدابة ما أصابت بيدها، أو رجلها، أو رأسها، أو كدمت أو خبطت، وكذا إذا صدمت، ولا يضمن ما نفخت برجلها أو ذنبها. **والأصل:** أن المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة؛ لأنه يتصرف في حقه من وجه، وفي حق غيره من وجه؛ لكونه مشتركاً بين كل الناس،

باب جنابة إلخ: ذكره عقيب جنابة الإنسان والجناية عليه مما لا يحتاج إلى بيان ذلك، ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل ذكره بعد ما يحدثه الرجل في الطريق قبل جنابة الرقيق، ونسبة الجناية إليها لمشاكلته الجنابة عليها. (رد المحتار) قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". [البنية ٢٥٥/١٣] أوطأت الدابة: الصحيح؛ وطئت؛ لأنك تقول: أوطأت فلاناً الدابة، فوطئت الكدم: العض بمقدم الأسنان كما يكدم الحمار، والخبط: الضرب باليد، والصدم: هو أن تضرب الشيء بجسديك، ومنه الكلب إذا قتل الصيد صدماً لا يؤكل. واصطدم الفارسان إذا ضرب أحدهما الآخر بنفسه، يقال: نفخت الدابة الشيء إذا ضربته بحد حافرها كذا في "الصحيح" و"المغرب". وقوله: الراكب ضامن لما أوطأت الدابة إلى قوله: أو كدمت أو خبطت، وكذا إذا صدمت يريد به إذا كان الراكب يسير في طريق المسلمين؛ لأنه إذا كان يسير في ملكه إن وطئت بيدها أو برجلها يضمن، وإن كدمت أو نفخت بيدها، أو برجلها، أو ضربت بيدها، فلا ضمان؛ لأن في الوجه الأول صاحب الدابة مباشر للإتلاف؛ لأن ثقله وثقل الدابة اتصل بالمتلف، فكأنهما وطئاه جميعاً، ولهذا يجب على الراكب الكفارة إذا وطئت الدابة برجلها أو يديها، ويحرم عن الميراث، والمباشر ضامن، سواء كان متعدداً أو لم يكن. [الكفاية ٢٥٧/٩]

والأصل: أي الأمر الكلي. لأنه يتصرف إلخ: جواب لسؤال ذكر في الذخيرة وغيره مع هذا الجواب، وهو فإن قيل: هو غير متعد في هذا التسبيب، فإن له أن يمر في طريق المسلمين كما في ملكه، ولو مر عليها في ملكه فأتلف شيئاً بهذه الوجوه، لم يضمن بها، فيجب أن لا يضمن ههنا أيضاً، قلنا: الطريق يشبه ملكه من حيث أن المرور مباح له فيه، ويشبه ملك الغير من حيث أنه ليس له في طريق المسلمين ملك يطلق له التصرف، فوفرنا على الشبهين حظهما فيما كان سبباً للإتلاف. [الكفاية ٢٥٨/٩]

فقلنا: بالإباحة مقيداً بما ذكرنا؛ ليعتدل النظر من الجانبين. ثم إنما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه، ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه؛ لما فيه من المنع عن التصرف وسدّ بابهِ، وهو مفتوح، والاحتراز عن الإيطاء، وما يضاهيه ممكن، فإنه ليس من ضرورات التسيير، فقيدناه بشرط السلامة عنه، والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة، فلم يتقيد به. فإن أوقفها في الطريق: ضمن النَّفْحَةَ أيضاً؛ لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف، وإن لم يمكنه عن النفحة، فصار متعدداً في الإيقاف، وشغل الطريق به، فيضمنه. قال: وإن أصابت بيدها أو برجلها حصاة أو نواة، أو ثارت غباراً، أو حجراً صغيراً، ففَقَّأَ عَيْنَ إنسان، أو أفسد ثوبه: لم يضمن، وإن كان حجراً كبيراً: ضمن؛ لأنه في الوجه الأول؛ لا يمكن التحرز عنه؛ إذ سيرُ الدواب لا يعرى عنه،

بالإباحة إلخ: أي فبالنظر إلى حقه يستدعي الإباحة مطلقاً، وبالنظر إلى حق غيره يستدعي الحجر مطلقاً، فقلنا بإباحة إلخ. [العناية ٢٥٨/٩-٢٥٩] ذكرنا: من شرط السلامة. (البنية) من الجانبين: أي من بين صاحب الدابة وجانب الرجل الذي جنى عليه من جهة الدابة. [البنية ٢٥٥/١٣] لما فيه [أي في التقيد بشرط السلامة فيما لا يمكن التحرز عنه] إلخ: يعني أنا لو شرطنا عليه السلامة فيما لا يمكنه التحرز عنه تعذر عليه استيفاء حقه؛ لأنه يمتنع من المشي والسير على الدابة مخافة أن يتلى بما لا يمكن التحرز عنه، فأما ما يستطاع الامتناع منه لو شرط عليه صفة السلامة من ذلك لا يمنع عليه استيفاء حقه، وإنما يلزمه به نوع احتياط في الاستيفاء كذا في "المبسوط". [الكفاية ٢٥٩/٩] وما يضاهيه: من الكدم والخبط وغيرهما. ممكن: لأن ذلك يكون بين عينه. (الكفاية) الدابة: لأن كل ذلك يكون وراء الراكب. [الكفاية ٢٥٩/٩] قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية) الوجه الأول: وهو ما إذا كان الحجر صغيراً. [البنية ٢٥٦/١٣]

وفي الثاني ممكن؛ لأنه ينفك عن السير عادةً إنما ذلك بتعنيف الراكب، والمرتدُ فيما ذكرنا كالراكب؛ لأن المعنى لا يختلف. قال: فإن راثت أو بالت في الطريق، ^{القدوري} وهي تسير فعطب به إنسان: لم يضمن؛ لأنه من ضرورات السير، فلا يمكنه ^{هلك} الاحتراز عنه، وكذا إذا أوقفها لذلك؛ لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا ^{لا يضمن} بالإيقاف، وإن أوقفها لغير ذلك فعطب إنسان ^{الدابة} بروثها أو بولها: ضمن؛ لأنه متعدٌ ^{الروث والبول} في هذا الإيقاف؛ لأنه ليس من ضرورات السير، ثم هو أكثر ضرراً بالمارة من السير؛ لما أنه أدومٌ منه، فلا يلحق به. والسائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها، والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها، والمراد النفحة،

وفي الثاني: وهو ما إذا كان الحجر كبيراً. [البنية ١٣/٢٥٦] ذكرنا: أي في موجب الجنابة. (الكفاية) لأن المعنى: أي معنى الموجب، وهو المباشرة، والتصرف في الدابة بالتسيير على ما أراد لا يختلف؛ لأنها في أيديهم وتحت تصرفهم. (العناية) ضمن: قال الرحمي: فلو أوقفها للازدحام، أو لضرورة أخرى ينبغي أنه إن أمكنه العود أو التخلص يضمن وإلا لا. (رد المحتار) ثم هو إلخ: جواب عما يقال: سلمنا أن الإيقاف ليس من ضرورات السير، لكنه مثله في كونه تصرفاً في الدابة، فيلحق به، ووجهه أنه أضر منه؛ لما أنه أي الإيقاف أدوم من السير، فلا يلحق به. [العناية ٩/٢٥٩]

لما أنه: أي لأن الإيقاف أدوم من التسيير، وربما يكون مانعاً لغيره من المرور، فيكون فوق المرور، فلا يلحق به بدلالة النص. [الكفاية ٩/٢٦٠] أدوم منه: يعني إذا أوقفها فرائت يقع الروث في محل، فيكون أدوم من الروث عند السير؛ لأنه في محال، ففي كل محل محل أقل. والسائق إلخ: لما فرغ من بيان أحكام الراكب بين أحكام السائق والقائد. [العناية ٩/٢٥٩] والمراد النفحة: أي من قوله: لما أصاب بيدها أو برجلها، وإنما قيد التفسير بهذا؛ لأنه كان يجوز أن يراد بقوله: لما أصاب بيدها، أو رجلها الوطء، ولا خلاف لأحد أنه يضمن فيه السائق والقائد، وإنما الاختلاف في النفحة، ولو لم يفسره بهذا لكان للمؤول أن يؤول ذلك بالوطء، ويثبت الاختلاف فيه، وليست الرواية كذلك. [الكفاية ٩/٢٦٠]

قال رحمته: هكذا ذكره القدوري في "مختصره"، وإليه مال بعض المشايخ رحمته.
 مشايخ العراق
 ووجهه: أن النفحة بمرأى عين السائق، فيمكنه الاحترازُ عنه، وغائب عن بصر
 القائد، فلا يمكنه التحرزُ عنه. وقال أكثر المشايخ: إن السائق لا يضمن النفحة
 أيضاً، وإن كان يراها؛ إذ ليس على رجلها ما يمنعها به، فلا يمكنه التحرزُ عنه،
 بخلاف الكدم؛ لامكانه كبْحُها بلجامها، وبهذا ينطق أكثر النسخ، وهو الأصح،
 وقال الشافعي رحمته: يضمنون النفحة كلهم؛ لأن فعلها مضاف إليهم، والحجة
 الدابة
 عليه ما ذكرناه. وقوله عليه السلام: "الرَّجُلُ جُبَارٌ*"، معناه: النفحة بالرجل، وانتقالُ الفعل
 الشافعي

فيمكنه الاحترازُ إلخ: يعني بإبعاد الدابة عن المتلف، أو بإبعاده عنها. (العناية) المشايخ: يريد مشايخ ما
 وراء النهر. (العناية) كلهم: أي الراكب والسائق والقائد. (البنية) ما ذكرناه: وهو قوله: وغائب عن بصر
 القائد، فلا يمكنه التحرزُ عنه. [الكفاية ٢٦٠/٩] بالرجل: لأن الوطاء مضمون بالإجماع. (العناية)
 وانتقالُ الفعل إلخ: جواب عن قول الشافعي رحمته؛ لأن فعلها مضاف إليهم، يعني أن ذلك يكون بالقياس
 على الإكراه، ولا يكاد يصح؛ لأن هناك الانتقال بتخويف القتل، وهنا تخويف بالضرب، فلا يلحق به،
 قيل: وفيه ضعف؛ لأنه لم يقل بذلك قياساً على الإكراه، وإنما قال بناء على أصل آخر، وهو: أن سير
 الدابة مضاف إلى ركبها، ولا كلام فيه، وإنما الكلام في النفحة، ومع ذلك لا يخلو عن ضعف، والجواب
 القوي ما ذكره بقوله: والحجة عليه ما ذكرناه، وقوله عليه السلام: الرجل جبار. [العناية ٢٦٠/٩]

* أخرجه أبو داود في "سننه" عن سفيان بن حسين عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة عن
 رسول الله ﷺ قال: الرَّجُلُ جُبَارٌ، قال أبو داود: الدابة تضرب برجلها وهو راكب. [رقم: ٤٥٩٢، باب في
 الدابة تنفع برجلها] وقال الخطابي: تكلم الناس في هذا الحديث، وقيل: إنه غير محفوظ، وسفيان بن حسين
 معروف بسوء الحفظ. [نصب الراية ٣٨٧/٤] قلت: استشهد به البخاري، وأخرج له مسلم في المقدمة،
 ورواه محمد بن الحسن في "كتاب الآثار" أخبرنا أبو حنيفة رحمته حدثنا حماد عن إبراهيم النخعي عن النبي ﷺ
 جرح العجماء جبار، والعدن جبار، والرجل جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس. [البنية ٢٥٨/١٣]

بتخويف القتل كما في المكره، وهذا تخفيف بالضرب. قال: وفي "الجامع الصغير": وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد؛ لأنهما مسبيان بمباشرتهما شرط التلف، وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية، فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب، إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها، ولا كفارة عليهما، ولا على الراكب فيما وراء الإيطاء؛ لأن الراكب مباشر فيه؛ لأن التلف بثقله، وثقل الدابة تبع له؛ لأن سير الدابة مضاف إليه، وهي آلة له، الإيطاء وهما مسبيان؛ لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء، وكذا الراكب في غير الإيطاء، السائق والقائد حمل الهلاك محل الجناية وكذا يتعلق بالإيطاء في حق الراكب والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسيب، وكذا يتعلق بالإيطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد؛ لأنه يختص بالمباشرة. ولو كان راكباً وسائق، قيل: لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة؛ لأن الراكب مباشر فيه؛

بتخويف القتل: يعني أن الإضافة والانتقال إنما يكون في الإكراه الكامل، وهو التخويف بالقتل أو القطع لا في الإكراه القاصر، وهو التخويف بالضرب، وهذا الإكراه قاصر، فلا يتنقل إليهم. [الكفاية ٢٦٠/٩] الجامع الصغير: وأتى برواية "الجامع الصغير"؛ لاشتغالها على الضابط الكلي، وبيان الكفارة. (العناية) الراكب: وأما في الإيطاء فعلى الراكب كفارة لا عليهما.

لأن الراكب مباشر: والدليل على أنه مباشر من حيث حكم الشرع أن من سار على دابة في ملكه، فأوطأت إنساناً بيدها أو رجلها، فقتلته، فعليه الدية والكفارة؛ لأن الراكب مباشر للقتل فيما أوطأت دابته، والمباشرة في ملكه وغير ملكه سواء في إيجاب الضمان عليه كالرمي، فإن من رمى في ملكه، فأصاب إنساناً كان عليه ضمانه كذا في "المبسوط". [الكفاية ٢٦١/٩] وكذا الراكب إلخ: أي لا كفارة عليه في غير الإيطاء؛ لأنه سبب في ذلك. (البنية) والكفارة حكم إلخ: فيجب عليه الكفارة في الإيطاء؛ لأنه مباشر فيه. (البنية) لأنه: أي لأن كل واحد من حرمان الميراث والوصية. [البنية ٢٥٩/١٣]

لما ذكرنا، والسائقُ مسبب، والإضافةُ إلى المباشرِ أولى، وقيل: الضمان عليهما؛ لأنَّ ^{الراكب والسائق} كل ذلك سبب الضمان. قال: وإذا اصطدم فارسان، فماتتا: فعلى عاقلة كل واحدٍ منهما ديةُ الآخر، وقال زفر والشافعي رحمهما: يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر؛ لما روى ذلك عن علي عليه السلام* ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه؛ لأنه بصدمته ألم نفسه وصاحبه، فيهدرُ نصفه ويعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدامُ

لما ذكرنا: إشارة إلى قوله: لأن التلف بثقله. (العناية) لأن كل ذلك إلخ: ذكر محمد رحمهما في "الأصل": أن الراكب إذا أمر آخر بنحس الدابة، فأوطأت إنساناً كان الضمان عليهما، وعلل فقال: لأن الناحس سائق، والأمر راكبه، فقد تبين بما ذكر أن الراكب والسائق في ضمان ما وطأت الدابة يشتركان، ولا يختص به الراكب. [الكفاية ٢٦١/٩] سبب الضمان: يعني أن كل واحد منهما بانفراده عامل في الإلتاف، فإن السوق لو انفرد عن الركوب أوجب ضمان ما أتلّفت بالوطء، وكذلك الركوب، فلم يجوز أن يضاف عمل السوق في الإلتاف إلى الركوب، بل كان التلف مضافاً إليهما نصفين، والمسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان سبباً لا يعمل في التلف عند انفراده كالحفر، فإنه لا يوجب التلف منفرداً عن الدفع الذي هو مباشرة. [العناية ٢٦٠/٩-٢٦١] وإذا اصطدم فارسان: [تقييد بالفارسين اتفاقاً؛ لأن الحكم في لماشين كذلك، أو قيده بحسب الغالب. (البنية)] اصطدام: تقول: اصطدم الفحلان إذا صدم بعضها بعضاً.

فعلى عاقلة [لو كان الاصطدام خطأ] إلخ: وهذا ليس على إطلاقه، بل محمول على ما إذا تقابلا لما في الاختيار سار رجل على دابة، فجاء راكب من خلفه، فصدمه، فعطب المؤخر لا ضمان على المقدم، وإن عطب المقدم فالضمان على المؤخر، وكذا في سفتيتين عن أبي المسعود. (رد المحتار) إذا كان الاصطدام إلخ: لو كان الاصطدام عمداً، فالواجب نصف الدية اتفاقاً؛ لأن كل منهما مات بفعله، وفعل الآخر، فيعتبر نصف الدية، ويهدر النصف كما إذا جرح كل منهما صاحبه، ولم يذكر في الهداية والكافي "صورة العمد صريحاً، بل في ضمن دليل الخصم، ولهذا قال في "الكفاية" أي يجب نصف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما، وفي الخطأ يجب الدية الكاملة على ما ذكر في الكتاب، خلا أنه ذكر الخطأ في وضع المسألة، والعمد في بيان قول الخصم.

عمداً، أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة، أو حفراً على قارعة الطريق
 بئراً فأنهار عليهما: يجب على كل واحد منهما النصف، فكذا هذا. ولنا: أن الموت
 يضاف إلى فعل صاحبه؛ لأن فعله في نفسه مباح، وهو المشي في الطريق، فلا يصلح
 مستنداً للإضافة في حق الضمان كاللأشْي إذا لم يعلم بالبئر، ووقع فيها: لا يهدر شيء من
 دمه، وفعل صاحبه وإن كان مباحاً لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم إذا
 انقلب على غيره، وروي عن علي عليه السلام، أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية،*
 فتعارضت روايته، فرجحنا بما ذكرنا، وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران،
 على عليه السلام

كالأشْي إلخ: يعني إذا مات بالوقوع في البئر مع أن البئر بنفسها في قارعة الطريق ليست بسبب لموته، بل
 البئر مع المشي إليها سبب للموت، والمعنى فيه أيضاً هو أن كل واحد منهما مدفوع بصاحبه، فكأنه أوقعه
 من الدابة بيده؛ وهذا لأن دفع صاحبه إياه علة نعتية لإتلافه في الحكم، فأما قوة المصدوم، فلا تصلح أن
 تكون علة معارضة لدفع الصادم، فهو بمنزلة من وقع في بئر حفرها رجل في الطريق يجب الضمان على
 الحافر، وإن كان لو لا مشيه وثقله في نفسه لما هوى في البئر. [الكفاية ٢٦١/٩-٢٦٢]

بما ذكرنا: يعني قوله: لأن فعله في نفسه مباح، وهو المشي في الطريق إلخ. (العناية) وفيما ذكر إلخ: جواب عن
 المسائل المذكورة في جهتهما؛ وذلك لأن الفعل لما كان محظوراً كان موجباً للضمان، ولكن لم يظهر في
 حق نفسه؛ لعدم الفائدة، فسقط إيجابه الضمان في حق نفسه، واعتبر في حق غيره، فلذلك وجب على
 عاقلة كل منهما نصف الدية، وأما فيما نحن فيه، فالأشْي مباح محض، فلم يتعد موجباً للضمان في حق
 نفسه أصلاً، فكان صاحبه قاتلاً له من غير معرضة أحد له في قتله، فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية
 الآخر كمن مشى حتى سقط في البئر ضمن الحافر، وإن كان السقوط بالحفر والمشى جميعاً، لكن لما كان
 المشي مباحاً لم يعتبر. [العناية ٢٦٢/٩] الفعلان: وهما الاصطدام والجرح. [البنية ٢٦١/١٢]

* رواه عبد الرزاق في "مصنفه" في القسامة أخبرنا أشعث عن الحكم عن علي: أن رجلين صدم أحدهما
 صاحبه، فضمن كل واحد منهما صاحبه، يعني الدية. [رقم: ١٨٣٢٨، ١٠/٥٤، باب المقتتلان والذي
 يقع على الآخر أو يضمه]

فوضح الفرق، هذا الذي ذكرنا إذا كانا حرَّين في العمد والخطأ، ولو كانا عبيدين يهتدُرُ
الدم في الخطأ؛ لأن الجناية تعلقت برقبته دفعاً وفداءً، وقد فاتت لا إلى خلف من غير
فعل المولى، فهدر ضرورة، وكذا في العمد؛ لأن كل واحد منهما هلك بعد ما جنى
ولم يخلف بدلاً. ولو كان أحدهما حرّاً والآخر عبداً، ففي الخطأ: تجب على عاقلة الحرِّ
المقتول قيمة العبد، فيأخذها ورثة المقتول الحرِّ، ويبطل حقُّ الحرِّ المقتول في الدية فيما
زاد على القيمة؛ لأن على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تجب القيمة على العاقلة؛ لأنه
ضمانُ الآدمي، فقد أخلف بدلاً بهذا القدر، فيأخذه ورثة الحرِّ المقتول، ويبطل ما زاد
عليه؛ لعدم الخلف، وفي العمد: تجب على عاقلة الحرِّ نصفُ قيمة العبد؛ لأن المضمونَ
هو النصف في العمد، وهذا القدر يأخذه وليُّ المقتول، وما على العبد في رقبته،
وهو نصفُ دية الحرِّ يسقط بموته إلا قدرَ ما أخلف من البدل، وهو نصف القيمة.

الذي ذكرنا: أي وجب تنصيف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما، وفي الخطأ الدية
الكاملة. [العناية ٢٦٢/٩] الخطأ: يعني إذا اصطدم العبدان خطأ يعني فماتا هدر الدم. [البنية ٢٦٢/١٣]
دفعاً وفداءً: أي حيث من دفع المولى إياه، ومن حيث أن يفديه، ولما مات قبل ذلك فات محل الجناية إن
خلف لا يضمن المولى شيئاً. (البنية) العمد: ههنا بمنزلة الخطأ. (الكفاية) تجب [باعتبار كون الحر قاتلاً]
على إلخ: لأن كل واحد منهما صار قاتلاً لصاحبه، فيجب على عاقلة الحر قيمة العبد، ثم قد تلف العبد
الجاني، وأخلف بدلاً فيكون بدله لورثة المجنى عليه، وهو الحر؛ لأن القيمة التي دفعها عاقلة الحر صار بدلاً
عن العبد، فيأخذها ورثة الحر بجهة كونه مقتولاً لا بجهة كون الحر قاتلاً. [الكفاية ٢٦٢/٩]
ورثة المقتول الحر: بجهة كونه مقتولاً لا بجهة كون الحر قاتلاً. (الكفاية) ويبطل: من حق الحر المقتول.
لعدم الخلف: أي لعدم الخلف بموت العبد من غير خلف. (البنية) نصف القيمة: فيأخذه الورثة من مولى
العبد. [البنية ٢٦٣/١٣]

قال: ومن ساق دابةً، فوقع السَّرْجُ على رجل، فقتله: ضمن، وكذا على هذا سائر أدواته كاللِّحَام ونحوه، وكذا ما يَحْمِلُ عليها؛ لأنه متعدٌّ في هذا التسبب؛ لأن الوقوع بتقصير منه، وهو تركُ الشدِّ أو الإحكام فيه، بخلاف الرداء؛ لأنه لا يشدُّ في العادة، ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مرَّ من قبل، فيقيد بشرط السلامة. قال: ومن قاد قطاراً، فهو ضامن لما أوطأ، فإن وطئ بعير إنساناً: ضمن به القائد، والدية على العاقلة؛ لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق، وقد أمكنه ذلك، وقد صار متعدداً بالتقصير فيه، والتسبب بوصف التعدّي سبب الضمان، إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه، وضمن المال في ماله. وإن كان معه سائق: فالضمان عليهما؛ لأن قائد الواحد قائد للكل، وكذا سائقه لاتصال الأزمة، وهذا إذا كان السائق في جانب من الإبل،

قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية) وكذا على هذا: يعني وصول الضمان على السائق إذا وقعت. [البنية ٢٦٣/١٣] بخلاف الرداء: يعني إذا كان لابساً رداءً، فسقط عنه، وعطب به إنسان أو غيره؛ لا ضمان عليه؛ لأن اللباس تبع اللابس، ولو تعثر اللابس فسقط على الطريق، ثم تعثر به إنسان لم يكن ضامناً له كذا إذا سقط رداؤه ومنديله؛ لأن الإنسان لا يقصد حفظ اللباس، ولا يمكنه أن يمشي عرياناً وما لا يستطيع الامتناع عنه يجعل عفواً. [الكفاية ٢٦٣/٩] الأشياء: يعني السرج وسائر الأدوات. [العناية ٢٦٣/٩] على عاتقه: إذا وقع على شيء فأتلفه، فإنه يجب الضمان، بخلاف اللباس، فإنه لا يقصد حفظه. من قبل: أي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق. (العناية) قطاراً: بالكسر: القطار: الإبل تقطر على نسق واحد، والجمع قطر. [العناية ٢٦٣/٩] سائقه: أي سائق الواحد سائق الكل. الأزمة: أي أزمة القطار، وهو جمع زمام. [البنية ٢٦٤/١٣] من الإبل: أي يمشي في جانب من القطار لا يتقدم ولا يتأخر، ولا يأخذ بزمام بعير. [الكفاية ٢٦٣/٩]

أما إذا كان توسُّطها، وأخذ بزمام واحد: يضمن ما عطب بما هو خلفه، ويضمنان السائق ^{السائق} والقائد ^{القائد} لا يقود ما خلف السائق؛ لانفصام الزمام، والسائق يسوق ما يكون قدامه. قال: وإن ربط رجلٌ بغيراً إلى القطار والقائد لا يعلم، فوطئ المربوط إنساناً فقتله: فعلى عاقلة القائد الدية؛ لأنه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره، فإذا ترك الصيانة صار متعدياً، وفي التسبب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ. ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط؛ لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة، وإنما لا يجب الضمان الدية ^{الرابط} عليهما في الابتداء، وكلُّ منهما مسبب؛ لأن الربط من القود بمنزلة التسبب من المباشرة؛ لاتصال التلف بالقود دون الربط، قالوا: هذا إذا ربط والقطار يسير؛ الحمل

إذا كان توسُّطها إلخ: قيد التوسط بأخذ الزمام؛ لأنه إذا لم يأخذ الزمام، فهو سائق للكل أو قائد؛ لأنه إن كان أحياناً وسطحها، وأحياناً يتقدم، وأحياناً يتأخر، ولو كان رجل ركباً وسط القطار على بعير ولا يسوق منها شيئاً لم يضمن فيما يصيب الإبل التي بين يديه؛ لأنه ليس بسائق لما بين يديه، ولكن هو معهم في الضمان فيما أصاب البعير الذي هو عليه وما خلفه، أما في البعير الذي هو عليه؛ لأنه راكب، وأما فيما خلفه؛ فلائنه قائد لما خلفه؛ لأن زمام ما خلفه مربوط ببعيره، وقال بعض المتأخرين: هذا إذا كان زمام ما خلفه بيده يقوده، وأما إذا كان هو نائماً على بعيره، أو قاعداً لا يفعل شيئاً، يكون به قائداً لما خلفه، فلا ضمان عليه في ذلك، وهو في حق ما خلفه بمنزلة المتاع الموضوع على بعير كذا في "المبسوط". [الكفاية ٢٦٣/٩]

والقائد لا يعلم: قيد به لئبتي عليه قوله: ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط؛ لأنه إذا علم لا يرجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط. (الكفاية) كما في القتل إلخ: فإن الدية فيه على العاقلة. الضمان عليهما إلخ: أي القائد والرابط بطريق الشركة؛ إذ كل منهما مسبب أي مع أن كلاهما مسبب، وهذا يوجب الاشتراك في الضمان. [الكفاية ٢٦٣/٩] قالوا: هذا إلخ: يعني أن لفظ "الجامع الصغير" غير متعرض للسير والوقوف، والمشايخ رحمهم الله قالوا: هذا أي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط إذا ربط إلخ. [العناية ٢٦٣/٩]

لأنه أمر بالقود دلالة، فإذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك، فيكون قرار الضمان ^{الرابط} على الرابط، أما إذا ربط، والإبل قيام، ثم قاده: ^{القائد} ضمنها القائد؛ لأنه قاد بغير غيره بغير إذنه لا صريحاً ولا دلالة، فلا يرجع بما لحقه عليه. قال: ومن أرسل بهيمة، وكان لها سائقاً، فأصابته في فورها: ^{القائد} يضمنه؛ لأن الفعل انتقل إليه بواسطة السوق. قال: ولو أرسل طيراً وساقه، فأصاب في فوره: لم يضمن. والفرق: أن بدن البهيمة ^{بازياً} يحتمل السوق، فاعتبر سوقه، والطير لا يحتمل السوق، فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة، وكذا لو أرسل كلباً ولم يكن له سائقاً: لم يضمن، ولو أرسله إلى صيد ولم يكن له سائقاً، فأخذ الصيد وقتله: حل. ووجه الفرق: أن البهيمة مختارة في فعلها،

ضمنها [بلا رجوع على أحد. (العناية)] إلخ: لأن ربط الجمل بالقطار جنابة، وأنها واقعة في الطريق، وحين سار بها القائد فقد زالت هذه الجنابة بقود القائد، فبرأ عن موجبها كمن وضع حجراً على قارعة الطريق، ثم جاء إنسان، وحول الحجر من ذلك الموضع إلى موضع آخر لم يكن على الواضع الأول شيء أن تعقل به إنسان؛ لأن وضعه الحجر جنابة، ولكن لما حوله غيره عن مكانه زالت جنابته بفعل الواضع الثاني، فبرأ الأول كذا ههنا. [الكفاية ٢٦٤/٩] قال: أي محمد ﷺ "الجامع الصغير". (البنابة) أرسل بهيمة: يريد كلباً لقوله بعده: وكذا لو أرسل كلباً. (العناية) سائقاً: وأراد بكونه سائقاً أن يكون خلفه. (البنابة) قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". [البنابة ٢٦٦/١٣] فوره: بأن قتل صيداً مملوكاً. [العناية ٢٦٤/٩] بمنزلة: واحدة، ولهذا لو أدخل بازياً في الحرم أو صقراً وأرسله فجعل يقتل حمام الحرم لا يلزمه شيء؛ لأن الباز لا يحتمل السوق. [البنابة ٢٦٦/١٣] لم يضمن: [لعدم وجود السوق] يعني وإن أصاب الكلب شيئاً في فور الإرسال لا يضمن المرسل. [الكفاية ٢٦٤/٩] مختارة إلخ: الأصل: أن الفعل الاختياري يضاف إلى فاعله، ولا يجوز إضافته إلى غيره، إلا أنا تركنا ذلك في فعل البهيمة إذا وجد منه السوق، بخلاف ما إذا أرسل الكلب إلى صيد حيث يؤكل ما أصابه، وإن لم يكن سائقاً؛ لأن الحاجة مسّت إلى الاصطياد، فأضيف إلى المرسل ما دام الكلب في تلك الجهة.

ولا تصلح نائبة عن المرسل، فلا يضاف فعلها إلى غيرها، هذا هو الحقيقة، إلا أن الحاجة مسّت في الاصطيد، فأضيف إلى المرسل؛ لأن الاصطيد مشروع، ولا طريق له سواه، ولا حاجة في حق الضمان العدوان. وروي عن أبي يوسف رحمته الله: أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطاً؛ صيانة لأموال الناس. قال رحمته الله: وذكر في "المبسوط": إذا أرسل دابة في طريق المسلمين، فأصاب في فورها: فالمرسل ضامن؛ لأن سَيْرَهَا مضاف إليه ما دامت تسير على سننها، ولو انعطفت يمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال، إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه، وكذا إذا وقفت، ثم سارت، بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في إصطيد، ثم سارت، فأخذت الصيد؛ لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل؛ لأنه لتمكّنه من الصيد،

هو الحقيقة: أي فعل أحد لا يضاف إلى غيره. (البنية) ولا حاجة إلخ: أي لا ضرورة في وجوب العدوان، فلا تسقط غيرها. [البنية ٢٦٧/١٣] دابة: فرساً أو بعيراً، أو أمثاله. فالمرسل ضامن: قال الصدر الشهيد رحمته الله: وعليه الفتوى، وفي "النهاية": وإن كان أصاب الكلب شيئاً في فور الإرسال لا يضمن المرسل، بخلاف الدابة حتى قالوا: إذا أرسل كلباً أو دابة، فأصاب في فورهِ شيئاً، يضمن في الدابة دون الكلب والطير. (الكفاية) طريق آخر سواه: أي سوى طريق اليمنة أو اليسرة بأن كان على الجادة ماء أو وحل، فحينئذ لا ينقطع حكم الإرسال أيضاً، كما لو لم ينقطع يمنة أو يسرة. [الكفاية ٢٦٤/٩] وكذا: أي كذا ينقطع حكم الإرسال. [البنية ٢٦٧/١٣] وقفت: أي الكلب المعلم وأمثاله. (الكفاية) الصيد: فلا ينقطع الإرسال، بل يحل الصيد. لأن تلك الوقفة إلخ: يعني أن هناك بوقوفه لا ينقطع حكم الإرسال، حتى حل ما قتله من الصيد، ولو انقطع حكم الإرسال لما حلّ كما لو قتله هو بنفسه من غير الإرسال، فلما كانت وقفة الكلب تحقق مقصود المرسل الذي هو أخذ الصيد كان لهذه الوقفة حكم السير، فلم ينقطع حكم الإرسال كذلك. [الكفاية ٢٦٤/٩]

وهذه تنافي مقصود المرسل، وهو السير، فينقطع حكم الإرسال، وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد، فأصاب نفساً أو مالا في فوره: لا يضمنه مَنْ أرسله، وفي الإرسال في الطريق يضمنه؛ لأن شغل الطريق: تعد، فيضمن ما تولد منه، أما الإرسال للاصطياد فمباح، ولا تسبب إلا بوصف التعدي. قال: ولو أرسل بهيمةً فأفسدت زرعاً على فوره: ضمن المرسل، وإن مالت يميناً أو شمالاً، وله طريق آخر: لا يضمن؛ لما مر، ولو انفلتت الدابة، فأصاب مالا، أو آدمياً ليلاً أو نهاراً: لا ضمان على صاحبها؛ لقوله عليه السلام: "جرحُ العجماء جبار". * وقال محمد ﷺ: هي المنفلتة، ولأن الفعل غير مضاف إليه؛ لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته.

صاحب الدابة

وهذه: أي هذه الوقفة التي هي وقفة الدابة، والمراد بها: الفرس أو البعير وأمثالهما ينافي مقصود المرسل الذي هو السير. [الكفاية ٢٦٤/٩-٢٦٥] وبخلاف إلخ: معطوف على قوله: بخلاف ما إذا وقفت؛ لأن حكمها مخالف لحكم أصل المسألة، ثم في قوله: وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد إلى آخره ذكر الفرق بين الإرسالين كما أنه في قوله: بخلاف ما إذا وقفت ذكر الفرق بين الوقتين. [الكفاية ٢٦٥/٩]

قال: أي المصنف رحمه الله وليس في كثير من النسخ لفظ قال. (البنية) على فوره: أي فور الإرسال، والمراد بفور الإرسال: أن لا يميناً ولا شمالاً. [البنية ٢٦٨/١٣] لما مر: إشارة إلى قوله: انقطع حكم الإرسال. [العناية ٢٦٥/٩]

العجماء جبار: والعجماء بفتح العين المهملة وسكون الجيم بالمد مؤنث أعجم وهو الذي لا يقدر على الكلام، والمراد ههنا: البهيمة، والجبار بضم الجيم وتخفيف الباء الموحدة الهدر أي لا شيء فيه.

المنفلتة: أي العجماء التي أهدر النبي ﷺ فعلها هي المنفلتة لا التي أرسلته فإن إفسادها إذا كان في فور الإرسال ليس بجبار كما ذكرنا آنفاً، فكان تفسيره احترازاً عن الإجراء على عمومه. [العناية ٢٦٥/٩]

ولأن الفعل: أي فعل الدابة المثقلة. (البنية) وأخواته: من السوق والقود والركوب. [البنية ٢٦٩/١٣]

* رواه الأئمة الستة. [نصب الرأية ٣٨٧/٤] أخرجه البخاري في "صحيحه" عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: العجماء جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس. [رقم: ١٤٩٩، باب في الركاز الخمس]

قال: شاة لقصاب فُقِئَتْ عَيْنُهَا، ففيها ما نقصها؛ لأن المقصود منها هو اللحم، فلا يُعتبر إلا النقصان، وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة، وكذا في عين الحمار والبغل والفرس، وقال الشافعي رحمته الله: فيه النقصان أيضاً اعتباراً بالشاة. ولنا ما روي أنه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة،* وهكذا قضى عمر رضي الله عنه،**

شاة لقصاب إلخ: هذا هو الحكم في كل شاة، والقصاب ليس بقيد، وكذلك الجزار أيضاً ليس بقيد، والحكم في كل بقرة ويعبر كالحكم في بقرة الجزار وجزوره، وهو ربع القيمة في العين الواحدة منهما، والنقصان في الشاة، وإنما وضع المسألة في بقرة الجزار وجزوره؛ لئلا يتوهم أنهما معدان للحم، فيكون حكمهما حكم الشاة. [الكفاية ٢٦٥/٩-٢٦٦] ما نقصها: أي ما نقص الشاة من قيمتها. (البنابة) عين الحمار: أي يجب ربع القيمة. [البنابة ٢٦٩/١٣]

* رواه الطبراني في "معجمه" من حديث أبي أمية إسماعيل بن يعلى الثقفي ثنا أبو الزناد عن عمرو بن وهيب عن أبيه عن زيد بن ثابت قال: لم يقض رسول الله ﷺ إلا ثلاث قضيات: في الآمة، والمنقلة، والموضحة، في الآمة: ثلاثاً وثلاثين، وفي المنقلة: خمس عشرة، وفي الموضحة خمساً، وقضى رسول الله ﷺ في عين الدابة ربع ثمنها [نصب الراية ٣٨٨/٤] قال الهيثمي في "جمع الزوائد" رواه الطبراني، وفيه أبو أمية بن يعلى وهو ضعيف. [٢٩٨/٦، باب الديات في الأعضاء وغيرها] قلت: قد مشاه شعبة وقال: اكتبوا عنه، فإنه شريف أي: والشريف لا يكذب وشعبة وشعبة. كذا في "الميزان" وفي "اللسان": قال أبو عبيد الأجرى: قلت لأبي داود: حكى رجل عن سفيان الأيلي أنه سمع شعبة يقول: اكتبوا عن أبي أمية بن يعلى، فإنه شريف لا يكذب. [اعلاء السنن ٢٣٥/١٨-٢٣٦]

** رواه عبد الرزاق في "مصنفه" أخبرنا سفيان الثوري عن جابر الجعفي عن الشعبي عن شريح أن عمر كتب إليه: أن في عين الدابة ربع ثمنها. [رقم: ١٨٤١٨، ٧٧/١٠، باب عين الدابة] ورواه ابن أبي شيبة في "مصنفه" حدثنا عبد الوهاب الثقفي عن أيوب عن أبي قلابة عن أبي المهلب عن عمر قال: في عين الدابة بربع ثمنها. [رقم: ٧٤٤٣، ٢٧٥/٩، باب في عين الدابة]

ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل، فمن هذا الوجه تشبه للآدمي، وقد تمسك في للأكل، فمن هذا الوجه تشبه المأكولات، فعملنا بالشبهين: فبشبه الآدمي في إيجاب الربع، وبالشبه الآخر في نفي النصف، ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين: عيناها وعينا المستعمل، فكأنها ذات الدابة الشاة ^{القيمة} أعين أربعة، فيجب الربع بفوات أحدهما. قال: ومن سار على دابة في الطريق، فضرها رجل أو نخسها، فنفخت رجلاً، أو ضربته بيدها، أو نفرت فصدمته فقتلته: كان ذلك على الناحس دون الراكب، هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما *

ولأن فيها [أي في البقر والجزور والفرس وغيرها] إلخ: دليل معقول على ذلك، وهو واضح، وفيه إشارة إلى الجواب عن القياس على الشاة، فإن المقصود منها اللحم، فقء العين لا يفوته، بل هو عيب يسير، فيلزم نقصان المالية. [العناية ٢٦٦/٩] فبشبه الآدمي إلخ: من حيث أوجبنا المقدار من غير اعتبار النقصان، وبالشبه الآخر في نفي النصف، فوجب نصف التقدير الواجب عملاً بما. [الكفاية ٢٦٦/٩] إنما يمكن إلخ: دليل آخر وهو أيضاً واضح لكن الاعتماد على الأول، ألا ترى أن العينين لا يضمنان بنصف القيمة كذا قاله فخر الإسلام رحمته الله، وإنما قال: ذلك؛ لأن المعمول به في هذا الباب النص، وهو ورد في عين واحدة، فيقتصر عليه. (العناية) قال: وإنما قلنا: قال المصنف: كذلك؛ لأن هذه المسألة وما بعدها ليست مذكورة في "البداية"، وإنما هي من مسائل "الأصل" ذكرها المصنف تفرعاً. [البناية ٢٧١/١٣] أو نخسها: يعني بغير إذن الراكب والنخس هو الطعن، ومنه نخس الدواب دلالتها. [العناية ٢٦٦/٩] فنفخت: يقال: نفخت الدابة الشيء إذا ضربته بحد حافرها كذا نقل في "الكفاية". فصدمته: الصدم أن تضرب الشيء بجسده.

* غريب. [نصب الرأية ٣٨٨/٤] وروى عبد الرزاق في "مصنفه" عن عبد الرحمن المسعودي عن القاسم بن عبد الرحمن قال: أقبل رجل بجارية من القادسية، فمر على رجل واقف على دابة، فنخس رجل الدابة، فرفعت رجلها، فلم يخط عين الجارية، فرفع إلى سلمان بن ربيعة الباهلي، فضمن الراكب، فبلغ ذلك ابن مسعود، فقال: على الرجل إنما يضمن الناحس. [نصب الرأية ٣٨٨/٤-٣٨٩]

ولأن الراكب والركب مدفوعان بدفع الناحس، فأضيف فعلُ الدابة إليه كأنه فعله بيده، ولأن الناحس متعدٌ في تسبيبه، والراكب في فعله غير متعدٍ، فيترجح جانبه في التغريم للتعدّي، حتى لو كان واقفاً دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب، والناחס نصفين؛ لأنه متعد في الإيقاف أيضاً. قال: وإن نفحت الناحس: كان دمه هدرأ؛ لأنه بمنزلة الجاني على نفسه، وإن أَلْقَتِ الراكب بالناחס فقتلته: كان ديتة على عاقلة الناحس؛ لأنه متعدٌ في تسبيبه، وفيه الدية على العاقلة. قال: ولو وَثَبَتْ بنخسه على رجل أو وطئته فقتلته: كان ذلك على الناحس دون الراكب؛ لما بيناه، والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء. وعن أبي يوسف رحمته الله: أنه يجب الضمان على الناحس والراكب نصفين؛ لأن التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة،

في تسبيبه: لأن الدابة عادتها عند النخس النفحة والوثبة. (البنية) والراكب في فعله إلخ: يعني أن الراكب مباشر فيما إذا أُلْتُفَ بالوطء؛ لأنه يحصل التلف بالثقل كما تقدم، وليس الكلام ههنا في ذلك، وإنما هو في النفع بالرجل، والضرب باليد والصدمة، فكانا متسبين، وترجح الناحس في التغريم للتعدّي. [العناية ٢٧٦/٩] غير متعد: لعدم ضرر شيء منه. [البنية ٢٧٢/١٣] فيترجح جانبه: اعتبر موجباً في التغريم؛ لأن الترجيح بسبب الاعتبار. (العناية) لما بيناه: إشارة إلى قوله: لأن الراكب والركوب مدفوعان، وفي "النهاية": هو قوله: لأنه متعد في تسبيبه، وليس بشيء، فتأمل. [العناية ٢٦٧/٩] في ملكه: قيد بقوله: في ملكه احترازاً عما تقدم من الإيقاف من غير الملك، فإنه يتصف الضمان هناك على ما قبلها. [البنية ٢٧٣/١٣] سواء: أي يجب الضمان على الناحس في كل حال؛ لأن الوقوف في ملكه ليس بتعد كالسير فيه، بخلاف الوقوف في الطريق، فإنه تعد، ولهذا يكون الضمان على الراكب والناחס نصفين؛ لأنه متعد في الإيقاف أيضاً. [الكفاية ٢٦٧/٩-٢٦٨] وعن أبي يوسف رحمته الله: وهذه رواية ابن سماعة. [العناية ٢٦٨/٩]

والثاني مضاف إلى الناحس، فيجب الضمانُ عليهما، وإن نَحَسَهَا يَأْذَنُ الرَّابِكَ
 كَانَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ فَعَلِ الرَّابِكَ لَوْ نَحَسَهَا، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي نَفَحَتِهَا؛ لِأَنَّهُ أَمْرُهُ
 النَحَسُ مِنَ النَّاحِسِ فِي صُورَةِ الْإِذْنِ النَّاحِسِ الرَّابِكَ
 بِمَا يَمْلِكُهُ؛ إِذِ النَّحَسُ فِي مَعْنَى السُّوقِ، فَصَحَّ أَمْرُهُ بِهِ وَانْتَقَلَ إِلَيْهِ لِمَعْنَى الْأَمْرِ. قَالَ: وَلَوْ
 وَطِئَتْ رَجُلًا فِي سِيرِهَا، وَقَدْ نَحَسَهَا النَّاحِسُ يَأْذَنُ الرَّابِكَ: فَالِدِيَّةُ عَلَيْهِمَا نَصْفَيْنِ
 جَمِيعًا إِذَا كَانَتْ فِي فُورِهَا الَّذِي نَحَسَهَا؛ لِأَنَّ سِيرَهَا فِي تِلْكَ الْحَالَةِ مُضَافٌ إِلَيْهِمَا،
 وَالْإِذْنُ يَتَنَاوَلُ فَعْلَهُ السُّوقِ، وَلَا يَتَنَاوَلُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِتْلَافٌ، فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ
 يَقْتَصِرُ عَلَيْهِ، وَالرُّكُوبُ وَإِنْ كَانَ عِلَّةً لِلْوِطْءِ، فَالنَّحْسُ لَيْسَ بِشَرَطٍ لِهَذِهِ الْعِلَّةِ، بَلْ
 هُوَ شَرَطٌ أَوْ عِلَّةٌ لِلسَّيْرِ، وَالسَّيْرُ عِلَّةٌ لِلْوِطْءِ، وَهَذَا لَا يَتَرَجَّحُ صَاحِبُ الْعِلَّةِ كَمَنْ
 جَرَحَ إِنْسَانًا، فَوَقَعَ فِي بَثْرٍ حَفَرَهَا غَيْرُهُ عَلَى قَارَعَةِ الطَّرِيقِ، وَمَاتَ: فَالِدِيَّةُ عَلَيْهِمَا؛
 حَافِرُ الْبَثْرِ الْمَحْرُوحِ

وَالثَّانِي إِنْ: أَيِ الْوِطْءِ مُضَافٌ إِلَى النَّاحِسِ؛ لِأَنَّهُ كَالسَّائِقِ لَهَا، وَالسَّائِقُ مَعَ الرَّابِكَ يَضْمَنَانِ مَا وَطِئَتْهُ
 الدَّابَّةُ. (الْعَنَاءَةُ) أَمْرُهُ بِهِ: أَيِ أَمْرِ الرَّابِكَ بِالنَّحَسِ. [الْبَنَاءَةُ ٢٧٣/١٣] إِلَيْهِمَا: أَيِ إِلَى الرَّابِكَ وَالنَّاحِسِ
 وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: إِلَيْهَا أَيِ إِلَى النَّخْسَةِ. (الْعَنَاءَةُ) وَلَا يَتَنَاوَلُهُ إِنْ: لَوْجُودِ انْفِصَالِ السُّوقِ عَنِ الْإِتْلَافِ،
 فَلَيْسَ عَيْنُهُ، وَلَا مِنْ ضَرُورَاتِهِ، وَقَوْلُهُ: يَقْتَصِرُ عَلَيْهِ أَيِ عَلَى النَّاحِسِ؛ لِأَنَّ الرَّابِكَ أَذْنٌ لَهُ بِالسُّوقِ لَا
 بِالْإِبْطَاءِ وَالْإِتْلَافِ. [الْعَنَاءَةُ ٢٦٨/٩] فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ: أَيِ مِنْ وَجْهِ الْإِتْلَافِ يَقْتَصِرُ عَلَى النَّاحِسِ
 لَا يَتَعَدَّى إِلَى الْأَمْرِ، بِأَنَّهُ يُقَالُ: إِنَّهُ أَمْرُهُ، فَكَأَنَّهُ أَتْلَفَهُ فَبَرِئَ النَّاحِسُ.

وَالرُّكُوبُ إِنْ: جَوَابُ سَوْأَلٍ، تَقْرِيرُهُ: أَنَّ الرَّابِكَ صَاحِبُ عِلَّةٍ لِلْوِطْءِ عَلَى مَعْنَى أَنَّهُ يَسْتَعْمَلُ رَجُلَ الدَّابَّةِ
 فِي الْوَضْعِ وَالرَّفْعِ، فَكَانَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ فَعَلِ رَجُلِهِ حَقِيقَةً، وَلِهَذَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ دُونَ النَّاحِسِ، وَالنَّاحِسِ
 صَاحِبُ شَرَطٍ فِي حَقِّ فَعَلِ الْوِطْءِ، وَالْإِضَافَةُ إِلَى الْعِلَّةِ أَوَّلَى، وَوَجْهُهُ: أَنَّ الرُّكُوبَ وَإِنْ كَانَ عِلَّةً لِلْوِطْءِ،
 لَكِنَّ النَّحْسَ لَيْسَ بِشَرَطٍ لِهَذِهِ الْعِلَّةِ لِتَأَخُّرِهِ عَنِ الرُّكُوبِ، بَلْ هُوَ شَرَطٌ، أَوْ عِلَّةٌ لِلسَّيْرِ، وَالسَّيْرُ عِلَّةٌ لِلْوِطْءِ،
 فَكَانَ الْوِطْءُ ثَابِتًا بَعْلَتَيْنِ، فَيَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا. [الْعَنَاءَةُ ٢٦٨/٩]

وإن كان صبياً ففي ماله؛ لأنهما مؤاخذان بأفعالهما. ولو نخسها شيء منصوب في الطريق، فنفحت إنساناً فقتلته: فالضمان على مَنْ نصب ذلك الشيء؛ لأنه متعد بشغل الطريق، فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله، والله أعلم.

وإن كان صبياً إلخ: قال العلامة النسفي رحمه الله في "الكافي": يحتمل أن يراد به إذا كانت الجنابة على المال، أو فيما دون أرش الموضحة، قلت: ويحتمل أن يراد به أن الصبي إذا كان من العجم؛ لأنه لا عاقلة للعجم. [الكفاية ٢٦٩/٩-٢٧٠] كأنه نخسها إلخ: أي فكأن الناصب نخس الدابة بفعله. [البنية ٢٧٥/١٣]

باب جنابة المملوك والجنابة عليه

قال: وإذا جنى العبدُ جنابةً خطأً، قيل لمولاه: إما أن تدفعه بها أو تغديه. وقال القدوري الجنابة الشافعي رحمته الله: جنابته في رقبته يباع فيها، إلا أن يقضي المولى الأرشَ، وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق، والمسألة مختلفة بين الصحابة رحمهم الله * له أن الأصل في موجب الجنابة أن يجب على المتلف؛ لأنه هو الجاني، إلا أن العاقلة تتحمل عنه، الجاني ولا عاقلة للعبد؛ لأن العقلَ عندي بالقرابة، ولا قرابة بين العبد ومولاه، فتجب في ذمته

باب جنابة المملوك إلخ: لما فرغ من بيان أحكام جنابة المالك، وهو الحر شرع في بيان أحكام جنابة المملوك، وهو العبد، وأخره؛ لانحطاط رتبته عن رقبته لا يقال: العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة، فكيف أحر باب جنابته عن باب جنابة البهيمة؛ لأن جنابة البهيمة كانت باعتبار الراكب أو السائق، أو القائد، وهم ملاك. [العناية ٢٧٠/٩] جنابة خطأ: التقيد بالخطأ ههنا إنما يفيد في النفس؛ لأن بعده يقتصر، وأما فيما دونه فلا يفيد؛ لاستواء خطائه وعمله فيما دونهما، ثم إنما ثبت الخطأ بالبينة أو إقرار مولاه، أو علم القاضي لا بإقراره أصلاً. قلت: لكن قوله: أو علم القاضي غير الملقى به، فإنه لا يعمل بعلم القاضي في زماننا. (الدر المختار) وفائدة الاختلاف: أي الخلاف بيننا وبين الشافعي رحمته الله. (البناءة) في اتباع الجاني إلخ: فعندنا إذا عتق المولى بعد العلم بالجنابة كان مختاراً للقاء، وعنده لا يطالب المولى بعد العتق، بل يطالب العبد. [الكفاية ٢٧٠/٩-٢٧١] مختلفة إلخ: فعن ابن عباس رضي الله عنه مثل منبهنا، وعن عمر وعلي رضي الله عنهما مثل منبهه. (الكفاية) عندي: وفي نسخة عنده أي عند الشافعي رحمته الله. فتجب [الدية] في ذمته: أي في ذمة العبد؛ لأن ضمان الجنابة في حق من لا عاقلة له بمنزلة ضمان المال، فيكون واجباً في ذمته، ثم الدين في ذمة العبد يكون شاغلاً لمالية رقبته، فيباع فيه إلا أن يقضي المولى دينه. [الكفاية ٢٧١/٩]

* روى ابن أبي شيبة في "مصنفه" حدثنا حفص عن حجاج عن حصين الحارثي عن الشعبي عن الحارث عن علي رضي الله عنه قال: ما جنى العبد ففني رقبته، ويخير مولاه، إن شاء فداه، وإن شاء دفعه. [رقم: ٧٢٣٠،

كما في الدين، ويتعلق بريقته ^{العبد} يباع فيه كما في الجنابة على المال. ولنا: أن الأصل في الجنابة على الآدمي حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني تحزراً عن استئصاله، والإحجاف ^{الإضرار} به؛ إذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجنابة، وتجب على عاقلة الجاني، إذا كان له عاقلة، والمولى عاقلته؛ لأن العبد يستنصر به. ^{المولى} والأصل في العاقلة عندنا: النصرة حتى تجب على أهل الديوان، بخلاف الذمي؛ لأنهم لا يتعاقلون فيما بينهم، فلا عاقلة فتجب ^{الدية} في ذمته صيانة للدم عن الهدر، وبخلاف الجنابة على المال؛ لأن العواقل لا تعقل المال، إلا أنه يُخَيَّرُ بين الدفع والفداء؛ لأنه واحد، وفي إثبات الخيرة نوعٌ تخفيف في حقه؛ ^{المولى} دفع العبد

كما في الدين: وفي بعض النسخ: كما في الذمي يعني إذا قتل الذمي رجلاً خطأ تجب ديته في ذمته لا على عاقلته كما في إتلاف المال، وقوله بعد هذا: بخلاف الذمي يدل على صحة هذه النسخة. (العناية) ولنا أن الأصل إلخ: فيه بحث، وهو: أن الحكم في المسألة مختلف، فإن حكمها عندنا الوجوب على المولى، وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا، وهو بناؤه على أصل، ونحن على أصل، فمن أين يقوم لأحدنا حجة على الآخر؟ ويمكن أن يقال: الشافعي رحمته الله جعل موجب جنابته في ذمته كوجوب الدين في ذمته، وكوجوب الجنابة على المال. [العناية ٢٧١/٩] إذ هو: أي الجاني في حالة الخطأ. [البنية ٢٧٨/١٣] معذور فيه: لكون الخطأ مرفوعاً شرعاً. أهل الديوان: وأهل الديوان أهل الرايات، وهم الجيش الذين كتبت أساميهم في الديوان على ما يجيء بيانه في كتاب المعامل إن شاء الله. وأول من وضعه في الإسلام عمر رضي الله عنه. (العناية) إلا أنه إلخ: استثناء من قوله: والمولى عاقلته، جواب عما يقال: لو كان المولى عاقلته لما كان مخيراً، كما في سائر العواقل، ووجه ذلك مذكور في الكتاب، وتحقيقه: أن الخطأ يوجب التخفيف، ولما كان في سائر العواقل كثرة ظهر فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يوجب الإحجاف، وأما ههنا فالمولى واحد، فأظهرناه فيه بإثبات الخيار. [العناية ٢٧١/٩] يخير: أي المولى في أصل المسألة، وهو ما إذا جنى العبد جنابة خطأ. [الكفاية ٢٧٢/٩] نوع تخفيف إلخ: بخلاف سائر العواقل؛ لأن فيهم كثرة ويثبت التخفيف بالتوسع عليهم، فلا يثبت الخيار لهم. [البنية ٢٧٨/١٣]

كيلا يستأصل، غير أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح، ولهذا يسقط
الموجب بموت العبد؛ لفوات محل الواجب، وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما
في مال الزكاة، بخلاف موت الجاني الحر؛ لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاءً،
فصار كالعبد في صدقة الفطر. قال: فإن دفعه: ملكه ولي الجناية، وإن فداه: فداه
بأرشها، وكل ذلك يلزمه حالاً، أما الدفع؛ فلأن التأجيل في الأعيان باطل، وعند
اختياره الواجب عين، وأما الفداء؛
المولى الدفع

غير أن إلخ: جواب عما يقال: لو وجب الجناية في ذمة المولى حتى وجب التأخير؛ لما سقط بموت العبد
كما في الحر الجاني إذا مات، فإن العقل لا يسقط عن عاقلته. (العناية) في الصحيح: احتراز عن رواية
أخرى ذكرها التمرتاشي رحمه الله أن الدية هو الأصل، ولكن للمولى أن يدفع هذا الواجب بدفع الجاني، وإنما
كان ذلك صحيحاً؛ لما ذكر في "الأسرار": أن بعض مشايخنا رحمه الله ذكر أن الواجب الأصلي هو الأرض على
المولى، وله المخلص بالدفع، ثم قال: والرواية بخلاف هذا في غير موضع، وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن
الواجب هو العبد. (العناية) ولهذا: أي ولكون الواجب الأصلي هو الدفع. [العناية ٢٧٢/٩]

يسقط إلخ: أي إذا هلك العبد قبل الاختيار برئ المولى من مطالبة الجاني عليه حقه من الدفع أو الفداء،
وهذا يدل على أن الموجب الأصلي هو الدفع. [الكفاية ٢٧٢/٩] في مال الزكاة: فإن موجب مال
الزكاة هو إيتاء جزء من النصاب يسقط بهلاك النصاب بعد الحول؛ لأن الواجب جزء من النصاب،
فيسقط بهلاكه وإن كان لصاحبه حق نقل أداء الزكاة من مال إلى آخر، بخلاف جناية الحر حيث لا يتعلق
الواجب بذمته استيفاءً؛ لأنه ليس بمال، فلم يسقط بموت الجاني كالعبد في صدقة الفطر؛ لما لم يتعلق صدقة
الفطر برقبة العبد استيفاءً لا تسقط صدقة الفطر بموته. [الكفاية ٢٧٤/٩]

بخلاف موت إلخ: جواب عما يذكر ههنا مستشهداً به كما ذكرناه آنفاً. (العناية) صدقة الفطر: فإنما تجب
عن العبد على المولى، ولا تسقط بموت العبد. (العناية) دفعه: أي المولى العبد الجاني. (العناية) باطل: لأن التأجيل
شرع للتحصيل ترفهاً، وتحصيل الحاصل باطل. [العناية ٢٧٢/٩]

فلأنه **جُعِلَ** بدلاً عن العبد في الشرع وإن كان مقدراً بالمتلف، ولهذا سُمِّيَ فداءً، فيقوم مقامه، ويأخذ حكمه، فلهذا وجب حالاً كالمبدل. وأيهما اختاره وفعله: العبد العبد لا شيء لولي الجناية غيره، أما الدفع؛ فلأن حقه متعلق به، فإذا خلى بينه وبين الرقبة: سقط، وأما الفداء؛ فلأنه لا حق له إلا الأرض، فإذا أوفاه حقه: سلم العبد له، فإن حق المطالبة لم يختَرْ شيئاً حتى مات العبد بطل حق المجني عليه؛ لفوات محل حقه على ما بيناه، وإن حق المطالبة قولاً أو فعلاً مات بعد ما اختار الفداء: لم يسبراً؛ لتحول الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى. قال: العبد المولى فإن عاد فجنى: كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الأولى، معناه بعد الفداء؛ العبد ثانياً

جعل بدلاً إلخ: قيل: كون الشيء بدلاً عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم، ألا ترى أن المال قد يقع بدلاً عن القصاص، ولم يتحد في الحكم، فإن القصاص لا يتعلق به حق الموصى له، وإذا صار مالاً تعلق به، وكذلك التيمم بدل عن الوضوء، والنية من شرطه دون الأصل،.... ويجوز أن يقال: الأصل: أن لا يفارق الفرع الأصل إلا بأمور ضرورية، فإن الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية، والمسائل المذكورة تغيرت بذلك، وهو أن القصاص غير صالح لحق حق الموصى له بالمال، فلا يتعلق حقه به، والتراب غير مطهر بطبعه، فلم يكن بد من إلحاق النية به؛ ليكون مطهراً شرعاً، بخلاف الماء، وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقاً فيكون ملحقاً به. [العناية ٢٧٣/٩]

ولهذا: أي لكونه بدلاً عن العبد. (البنية) كالمبدل: في كونه واجباً حالاً. (البنية) غيره: أي غير الذي اختاره المولى. (البنية) لفوات محل حقه: لأن حقه كان في الرقبة، فإذا تلفت سقط ما لزمه بالهلاك كهلاك المال بعد وجوب الزكاة فيه، ولا الجناية من العبد تسقط بموته كما في العبد. [البنية ٢٨٠/١٣]

بيناه: إشارة إلى قوله: الواجب الأصلي الدفع. (البنية) كحكم الجناية الأولى: أي يقال للمولى: ادفعه بالجناية الثانية أو افده كما هو الحكم في الجناية الأولى. (الكفاية) بعد الفداء: إنما فسر المسألة بهذا؛ لأنه إذا لم يفده عن الجناية الأولى، ثم جنى أخرى كانت المسألة عين المسألة الثانية، وهو قوله: وإن جنى جنائتين قيل للمولى: إما أن تدفعه إلخ. [الكفاية ٢٧٤/٩]

لأنه لما طهر عن الجناية بالفداء، جُعِلَ كأن لم تكن، وهذا ابتداءً جناية. قال: وإن العبد جني جنايتين، قيل للمولى: إما أن تدفعه إلى وليّ الجنائيتين يقتسمانه على قدر حقيهما، وإما أن تفديه بأرش كل واحد منهما؛ لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة، ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية، فحق الجاني عليه الأول أولى أن لا يمنع، ومعنى قوله: "على قدر حقيهما" على قدر أرش جنايتيهما. وإن كانوا جماعةً يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم، وإن فداه: فداه بجميع أروشهم؛ لما ذكرنا، ولو قتل واحداً وفقاً عين آخر: يقتسمانه أثلاثاً؛ لأن أرش العين على النصف من أرش النفس، وعلى هذا حكم الشجّات. وللمولى أن يفدي من بعضهم، ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد؛

لا يمنع إلخ: وهذا بخلاف الرهن، فإن تعلق حق المرهن بالرهن يمنع تعلق حق الثاني به، حتى أن الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون لحقته قبل الرهن، أو بعده لا يتعلق سائر الديون به؛ لأن الرهن إفاء حكماً، والارتهان استيفاء حكماً، فيعتبران بالإفاء والاستيفاء الحقيقيين، ففي الحقيقي لا يبقى تعلق، فكذا في الحكمي. (الكفاية) أن لا يمنع: لأن الملك أقوى من الحق. [البنية ٢٨١/١٣] على قدر أرش إلخ: لأن المستحق إنما يستحقه عوضاً عما فات عليه، فلا بد من أن تقسم على قدر المعوض كذا في "الإيضاح". [الكفاية ٢٧٤/٩]

لما ذكرنا: يعني قوله: لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثاني به. (العناية) على النصف إلخ: لأن ولي المقتول ثبت في الدية وهي عشرة آلاف، وثبت حق المفقوء عينه في نصف الدية، وكل واحد منهما يدي بسبب صحيح، فيصرف بجميع حقه، فيقسمان أثلاثاً. [البنية ٢٨١/١٣] حكم الشجّات: يعني لو شج رجلاً موضحة، وآخر هاشمة، وآخر منقلة، ثم اختار المولى الدفع يدفع إلى صاحب الموضحة سدس العبد؛ لأن له خمس مائة، وإلى صاحب الهاشمة ثلثه؛ لأن له ألفاً، وإلى صاحب المنقلة نصفه؛ لأن له ألفاً وخمس مائة، فيقسمون الرقبة هكذا. [العناية ٢٧٤/٩]

لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها، وهي الجنايات المختلفة، بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان؛ لم يكن له أن يفدي من أحدهما، ويدفع إلى الآخر؛ لأن الحق متحد للمولى، وهي الجنابة المتحدة، والحق يجب للمقتول، ثم للوارث خلافة عنه، فلا يملك التفريق في موجبها. قال: فإن أعتقه المولى، وهو لا يعلم بالجنابة: ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها، وإن أعتقه بعد العلم بالجنابة: وجب عليه الأرش؛ لأن في الأول فوت حقه، فيضمنه، وحقه في أقلهما، ولا يصير مختاراً للفداء؛ لأنه لا اختيار بدون العلم، وفي الثاني صار مختاراً؛ لأن الإعتاق يمنعه من الدفع، فالإقدام عليه اختيار منه للآخر، وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاء؛
إلى الفداء
العق

الحقوق مختلفة: يعني فجاز أن يختار في أحدهم خلاف ما اختاره في حق الآخر كما لو انفرد كل واحد منهم. (العناية) الجنابة المتحدة: أي جنابة واحدة خير فيها بين الدفع، فلم يملكه بيعه موجبها. [البنية ٢٨٢/١٣] والحق يجب إلخ: هذا جواب إشكال، وهو أن يقال: الحق وإن كان متحداً بالنظر إلى السبب، فهو متعدد بالنظر إلى المستحقين، فينبغي أن يتمكن المولى من أن يفدي من أحدهما، وأن يدفع إلى الآخر كما في الجنايات المختلفة. [الكفاية ٢٧٤/٩-٢٧٥] ثم للوارث خلافة إلخ: لا يقال: الملك يثبت للوارث حقيقة وحكماً، وللميت حكماً فقط؛ لأنه ليس من أهل الملك حقيقة، فوجب ترجيح جانب الوارث؛ لأن ملك الميت أصل، وملك الوارث متفرع عليه، واعتبار الأصل أولى. [العناية ٢٧٤/٩-٢٧٥] فإن أعتقه إلخ: والأصل في جنس هذه المسائل: أن المولى متى أحدث في العبد تصرفاً يعجزه عن الدفع، وهو عالم بالجنابة يصير مختاراً للفداء، وإذا أحدث تصرفاً لا يعجزه عن الدفع لا يصير مختاراً وإن كان عالماً بالجنابة. (الكفاية) الأرش: قليلاً كان أو كثيراً. (البنية) في أقلهما: إذ لا فائدة في التخيير بين الأقل والأكثر. الدليل على أن حقه في أقلهما أنه ليس له ولاية المطالبة بالأكثر. [الكفاية ٢٧٥/٩] الوجهين: وهو العلم بالجنابة وعدم العلم بها. [البنية ٢٨٣/١٣]

لأن كل ذلك مما يمنع الدفع؛ لزوال الملك به، بخلاف الإقرار على رواية الأصل؛
 لأنه لا يسقط به حق ولي الجناية، فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه، وليس فيه نقل
 الملك؛ لجواز أن يكون الأمر كما قاله المقر، وأحقه الكرخي بالبيع وأخواته؛ لأنه
 ملكه في الظاهر، فيستحقه المقر له بإقراره، فأشبهه البيع، وإطلاق الجواب في
 الكتاب ينتظم النفس وما دونها، وكذا المعنى لا يختلف،^{في نقل الملك} وإطلاق البيع ينتظم البيع
 بشرط الخيار للمشتري؛ لأنه يزيل الملك، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه،
 وبخلاف العرض على البيع؛ لأن الملك ما زال،^{من البائع}

لزوال الملك به: حقيقة كما في البيع والهبة، أو حكماً كما في التدبير والاستيلاء. بخلاف الإقرار إلخ: يعني إذا
 جنى العبد جناية، فقال وليها: هو عبدك فادفعه أو افده، فقال: هو لفلان الغائب وديعة أو عارية، أو
 إجارة، أو رهن لا يصير مختاراً للفداء؛ لما ذكر في الكتاب، ولا تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك
 بينة، فإن أقامها أحر الأمر إلى قدوم الغائب، وإن لم يقمها خوطب بالدفع، أو الفداء، ولا يصير مختاراً
 بالدية مع تمكنه من الدفع. [العناية ٢٧٥/٩] لجواز أن يكون إلخ: أي لجواز أن يكون العبد عبداً للمقر
 له بالدفع إلى ولي الجناية. [الكفاية ٢٧٥/٩]

وأحقه [في صيرورته مختاراً]. (العناية) الكرخي إلخ: وفي "الإيضاح": وقد أطلق أبو الحسن أنه يصير مختاراً،
 وهو رواية خارجة عن الأصول. [الكفاية ٢٧٥/٩] وأخواته: الهبة والتدبير والاستيلاء. [البنية ٢٨٤/١٣]
 وإطلاق الجواب: يريد به قوله: ضمن الأقل من قيمته، ومن أرشها إلخ، وقيل: يريد به قوله في أول
 الباب: وإذا جنى العبد جناية خطأ، فإنه ينتظم النفس وما دونه. [العناية ٢٧٥/٩]

لا يختلف: لأن كل واحد مال. (العناية) ينتظم إلخ: يعني إذا باع مولى العبد الجاني العبد بشرط الخيار
 للمشتري كان ذلك اختياراً منه للفداء، وفي "الإيضاح": أما على قولهما؛ فلأن الملك يثبت للمشتري،
 وأما على قول أبي حنيفة رحمته ملك البائع يزيل، وإن لم يثبت للمشتري، وفوات الدفع يكون بزوال ملك
 البائع. [الكفاية ٢٧٥/٩] وبخلاف العرض إلخ: يعني لا يكون مختاراً به. (البنية) ما زال: فبقي الدفع
 ممكناً كما كان. [البنية ٢٨٤/١٣]

ولو باعه بيعاً فاسداً: لم يَصِرْ مختاراً حتى يسلمه؛ لأن الزوال به، بخلاف الكتابة الفاسدة؛ لأن موجهه يثبت قبل قبض البدل، فيصير بنفسها مختاراً، ولو باعه مولاه من المجني عليه، فهو مختار، بخلاف ما إذا وهبه منه؛ لأن المستحق له أخذه بغير عوض، وهو متحقق في الهبة دون البيع، وإعتاق المجني عليه بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرناه؛ لأن فعل المأمور مضاف إليه. ولو ضربه فنقصه: فهو مختار إذا كان عالماً بالجنابة؛ لأنه حبس جزءاً منه، وكذا إذا كانت بكرًا، فوطئها وإن لم يكن معلقاً؛

الزوال به: أي زوال الملك في البيع الفاسد بالتسليم. بخلاف الكتابة إلخ: أي يصير مختاراً للقداء بمجرد عقد الكتابة الفاسدة، بخلاف البيع الفاسد، فإن هناك لا يكون مختاراً للقداء قبل التسليم إلى المشتري، وفي "الإيضاح": أن موجب عقد الكتابة الفاسدة يثبت بنفس العقد، وهو تعليق العتق بالأداء، فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض. [الكفاية ٢٧٦/٩]

الفاسدة: بأن كاتب المسلم عبده الجاني على خمر أو خنزير، فإنه يصير مختاراً للقداء. [العناية ٢٧٦/٩] موجهه: وهو استحقاق العتق عند أداء العوض المشروط. [البنية ٢٨٤/١٣] فهو: أي المولى مختار للقداء. ذكرناه: قيل: يعني في اختيار القداء، وقيل: في العلم بالجنابة وعدمه. (العناية) ولو ضربه فنقصه: يعني بأن أثر فيه حتى صار مهزولاً، أو قلت قيمته بقاء أثر الضرب فهو مختار إذا كان عالماً بالجنابة؛ لأنه حبس جزءاً منه، وأما إذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الأقل من قيمته ومن الأرض، إلا أن يرضي ولي الدم أن يأخذه ناقصاً، ولا ضمان على المولى؛ لأنه لما رضي به ناقصاً، صار كان القصاص حصل بأفة سماوية. [العناية ٢٧٦/٩]

لأنه حبس [فهو عيب حقيقة] إلخ: ولو ضرب المولى عينه، فايبضت وهو عالم به، ثم ذهب البياض قبل أن يخاصم فيه لا يكون مختاراً للقداء، بل يدفع أو يفدي؛ لأن النقصان لما زال جعل كأن لم يكن، ولو خوصم في حالة البياض، فضمنه القاضي الدية، ثم زال البياض، فالقضاء نافذ لا يرد؛ لأن الخيار قد استحکم بانضمام القضاء إليه. [الكفاية ٢٧٦/٩] وكذا: يعني يصير به مختاراً للقداء. [العناية ٢٧٦/٩]

وإن لم يكن معلقاً؛ وإنما قيد به؛ لاثبات الفرق بين وطء البكر والثيب؛ لأن بوطء الثيب لا يكون مختاراً للقداء ما لم يكن الوطء معلقاً في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف رحمته الله: أن مطلق الوطء يكون اختياراً؛ لأن الحل يختص بالملك، فيكون دليلاً على إمساك العين، وقول زفر مثل قول أبي يوسف رحمته الله. [الكفاية ٢٧٦/٩]

لما قلنا، بخلاف التزويج؛ لأنه عيب من حيث الحكم، وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية؛ لأنه لا ينقص من غير إعلاق، وبخلاف الاستخدام؛ لأنه لا يختص بالملك، ولهذا لا يسقط به خيار الشرط، ولا يصير مختاراً بالإجارة والرهن في الأظهر من الروايات، وكذا بالإذن في التجارة، وإن ركبه دين؛ لأن الإذن لا يفوت الدفع، ولا ينقص الرقبة، إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله؛ لأن الدين لحقه من جهة المولى،

لما قلنا: إشارة إلى قوله: لأنه حبس جزء منه. [الكفاية ٢٧٦/٩] بخلاف التزويج: يعني لا يصير به مختاراً للفداء؛ لأنه لا يعجزه عن الدفع كما لا يعجزه عن البيع، وعلل المصنف بقوله؛ لأنه عيب من حيث الحكم، وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كما لو أقر عليها بالسرقة عالماً بالجناية، فإنه بهذا الإقرار يدخلها نوع عيب، ولكن لما كان حكماً لم يثبت به اختيار الفداء. [العناية ٢٧٦/٩]

وطء الثيب: فإن به لا يصير المولى مختاراً للفداء ما لم يكن معلقاً. (العناية) ظاهر الرواية: احتراز عما روي عن أبي يوسف رحمته الله: أن مطلق الوطء يكون اختياراً إلخ. وبخلاف الاستخدام إلخ: يعني لو استخدم العبد الجاني بعد العلم بالجناية لا يكون مختاراً للفداء، حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه؛ لأن الاستخدام لا يختص بالملك، فلم يدل على الاختيار. [العناية ٢٧٦/٩] لا يسقط إلخ: فيما إذا كان العبد

المشروط فيه الخيار استخدمه فخياره باق، حتى لو هلك في الخدمة لا ضمان عليه. [البنية ٢٨٦/١٣] في الأظهر: هذا احتراز عما ذكر في بعض نسخ "الأصل": أنه يكون مختاراً للفداء بالرهن والإجارة؛ لأنه أثبت عليهما يداً مستحقة، فصار كالبيع، ووجه ظاهر الرواية: أن الإجارة تنقض بالعذر، فيكون حق ولي الجناية فيها عذراً في نقض الإجارة، والراهن يتمكن من قضاء الدين، واسترداد الرهن متى شاء، فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين، فلا يجعل ذلك اختياراً. [الكفاية ٢٧٦-٢٧٧/٩] وكذا بالإذن إلخ: يعني لا يكون به مختاراً للفداء؛ لأنه لا يعجزه عن الدفع، ولا ينقص الرقبة. [العناية ٢٧٧/٩] لأن الدين لحقه: ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان للعبد؛ لأن الغرماء يتبعون ولي الجناية إذا دفع العبد إليه، فيستبيعونه بديونهم؛ لكن ذلك بسبب من جهة المولى، وهو الإذن، فكان له أن يمتنع من قبوله ناقصاً. [الكفاية ٢٧٧/٩]

فلزم المولى قيمته. قال: ومن قال لعبده: إن قتلت فلاناً، أو رميته، أو شججته فأنت حرّ: فهو مختار للفداء إن فعل ذلك، وقال زفر رحمته الله: لا يصير مختاراً للفداء؛ لأن وقت تكلمه لاجنابة، ولا علم له بوجوده، وبعد الجنابة لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً. ألا ترى أنه لو علّق الطلاق، أو العتاق بالشرط، ثم حلف أن لا يطلق، أو لا يعتق، ثم وجد الشرط، وثبت العتق والطلاق: لا يحنث في يمينه تلك، كذا هذا. ولنا: أنه علّق الإعتاق بالجنابة، والمعلّق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز، فصار كما إذا أعتقه بعد الجنابة. ألا يرى أن من قال لامرأته: إن دخلت الدار فوالله لا أقربك، يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول، وكذا إذا قال لها: إذا مرضت، فأنت طالق ثلاثاً، فمرض حتى طُلق، ومات من ذلك المرض: يصير فاراً؛ لأنه يصير مطلقاً بعد وجود المرض، بخلاف ما أورد؛ لأن غرضه طلاق، أو عتق فترات المرأة الحالف يمكنه الامتناع عنه؛ إذ اليمين للمنع، فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه، الحلف

قيّمته: لأنه لما أبطل الدفع من حين اختياره فوجبت القيمة. (البنابة) قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". (البنابة) فهو مختار إلخ: وفي "المبسوط": فإن كانت جنابة العبد مما يتعلق به القصاص، فلا شيء على المولى؛ لأن الواجب هو القصاص على العبد، وذلك لا يختلف بالرق والحرية، فلا يصير المولى بالعتق مفوتاً حق ولي الجنابة، فلذلك لا يلزمه شيء. (الكفاية) لا يصير مختاراً إلخ: وعليه قيمة العبد. [الكفاية ٢٧٧/٩] لا يحنث إلخ: لعدم وجود فعل يخالف يمينه.

إذا أعتقه إلخ: يكون مختاراً للفداء، فكذا هذا. (البنابة) يصير مطلقاً إلخ: لأنه لما أضاف الطلاق إلى المرض صار كأنه طلقها بعد مرضه. (البنابة) اليمين للمنع: لأنه غرض أراد من يمينه المنع. [البنابة ٢٨٧/١٣] ما لا يمكنه: وهو المعلق قبل الحلف.

ولأنه حرّضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي إليه، والظاهر أنه يفعله،
 فهذا دلالة الاختيار. قال: وإذا قطع العبد يد رجل عمداً، فدفع إليه بقضاء أو بغير
 اختيار الفداء ^{وهو الحرية}
 قضاء، فأعتقه، ثم مات من قطع اليد: فالعبد صلح بالجناية، وإن لم يعتقه: ردّ على
 المحني عليه ^{بدل الصلح وما يحدث منها}
 المولى، وقيل للأولياء: اقتلوه، أو اعفوا عنه. ووجه ذلك، وهو: أنه إذا لم يعتقه
 وسرى تبين أن الصلح وقع باطلاً؛ لأن الصلح كان عن المال؛ لأن أطراف العبد
 لا يجري القصاص بينها وبين أطراف الحرّ، فإذا سرى تبين أن المال غير واجب،
 وإنما الواجب هو القود، فكان الصلح واقعاً بغير بدل فبطل، والباطل لا يورث
 الشبهة كما إذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرماتها عليه، فوجب
 حتى يسقط القود
 القصاص، بخلاف ما إذا أعتقه؛ لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح
 الصلح؛ لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه، ولا صحة له،
 هذا الصلح

ولأنه حرّضه إلخ: دليل آخره، ومعناه: أن المولى حرّض العبد على مباشرة الشرط، وهو القتل
 أو الرمي أو الشج بتعليق إلخ. (العناية) يفعله: رغبة منه في الحرية. [العناية ٢٧٧/٩] قال: أي محمد ﷺ
 في "الجامع الصغير". [البنية ٢٨٧/١٣] ووجه ذلك إلخ: يريد بيان الفرق بين ما إذا أعتق وبين ما إذا
 لم يعتق. (العناية) أن الصلح إلخ: أي الدفع، وقع باطلاً وسماء صلحاً بناء على ما اختاره بعض المشايخ
 أن الواجب الأصلي هو الفداء، فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية به، وإنما وقع باطلاً؛
 لأنه كان عن المال؛ لعدم جريان القصاص بين أطراف الأحرار والعبيد. [العناية ٢٧٨/٩]
 فكان الصلح واقعاً إلخ: يعني المصالح عنه؛ لأن الذي كان الصلح وقع عنه، وهو المال قد زال، والذي
 وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل. (العناية) كما إذا وطئ إلخ: أي كما إذا طلق امرأته ثلاثاً، ثم
 وطئها في العدة مع العلم بحرماتها عليه، فإنه لا يصير شبهة لدرء الحد. [العناية ٢٧٨/٩] لأن الظاهر: من حال
 المعقد له. [البنية ٢٨٨/١٣]

إلا وأن يجعل صلحاً عن الجنابة، وما يحدث منها، ولهذا لو نصّ عليه ورضي المولى به: يصحّ، وقد رضي المولى به؛ لأنه لما رضي يكون العبد عوضاً عن القليل: يكون أرضى بكونه عوضاً عن الكثير، فإذا أعتق يصحّ الصلح في ضمن الإعتاق ابتداءً، وإذا لم يعتق: لم يوجد الصلح ابتداءً، والصلح الأول وقع باطلاً، فيردّ العبد إلى المولى، والأولياء على خيرهم في العفو والقتل. وذكر في بعض النسخ: رجل قطع يد رجل عمداً، فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد، ودفعه إليه، فأعتقه المقطوعة يده، ثم مات عن ذلك: قال: العبد صلح بالجنابة إلى آخر ما ذكرنا من الرواية، وهذا الوضع يرد إشكالاً فيما إذا عفا عن اليد،

وأن يجعل إلخ: فيجعل مصالحاً عن ذلك مقتضى الإقدام على الإعتاق، ويجعل المولى أيضاً كذلك دلالة؛ لأنه لما رضي بكون العبد عوضاً عن القليل كان بكونه عوضاً عن الكثير أرضى، وشرط صحة الاقتضاء، وهو إمكان المقتضى موجود، ولهذا لو نص إلخ. [العناية ٢٧٨/٩] نصّ عليه: أي على أن يكون العبد صلحاً عن الجنابة وما يحدث منها. [الكفاية ٢٧٨/٩-٢٧٩] الكثير: وهو السراية عن النفس. (البنابة) لم يوجد الصلح: لأنه لم توجد دلالة. (الكفاية) بعض النسخ: قال الإمام فخر الإسلام رحمه الله: وذكر في بعض النسخ هذا الكتاب، أي كتاب "الجامع الصغير" هذه المسألة على خلاف هذا الوضع، وساق الكلام مثل ما ذكر في "الهداية"، وبعض الشارحين عبر عن النسخة الأولى بالنسخة المعروفة، وعن الثانية بغير المعروفة. (العناية) ما ذكرنا: يعني وإن لم يعتقه رد إلى مولاه، ويجعل الأولياء على خيرهم بين القتل والعفو. [العناية ٢٧٩/٩] وهذا الوضع إلخ: أي الوضع الثاني، وإنما خص هذا النوع بوروده إشكالاً؛ لأن دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح، والصلح متضمن للعفو؛ لأنه ينشأ عن الخطيئة، فيكون هذا نظير العفو، ولا كذلك الوضع الأول؛ لأن الدفع ثمة ليس بطريق الصلح؛ لأنه ليس فيه حظ شيء، بل العبد موجب جنابته بتمامه، وإذا لم يكن الدفع بطريق الصلح لا يكون فيه معنى العفو، فلا يرد إشكالاً على مسألة العفو. [الكفاية ٢٧٩/٩]

ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاصُ هنالك، وههنا قال: يجب،
 قيل: ما ذكر ههنا جوابُ القياس، فيكون الوضعان جميعاً على القياس والاستحسان،
 وقيل: بينهما فرق، ووجهه: أن العفو عن اليد صح ظاهراً؛ لأن الحق كان له في
 اليد من حيث الظاهر، فيصح العفو ظاهراً، فبعد ذلك وإن بطل حكماً يبقى
 موجوداً حقيقة، فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص، أما ههنا الصلح لا يُبطل
 الجنابة، بل يقررها حيث صالح عنها على مال، فإذا لم يبطل الجنابة لم تمتنع
 العقوبة، هذا إذا لم يعتقه، أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل. قال: وإذا
 جنى العبد المأذون له جنابةً، وعليه ألف درهم، فأعتقه المولى،

هنالك: أي في مسألة العفو عن اليد. قال يجب: فإنه قال: وقيل للأولياء: اقتلوه. (الكفاية) ما ذكر إلخ: يعني اختلف
 المشايخ رحمهم الله في الجواب عن ذلك، فقال بعضهم: ما ذكر ههنا من وجوب القصاص جواب القياس، فيكون
 الوضعان جميعاً على القياس والاستحسان، يعني وجوب القصاص في هذه المسألة على النسختين جواب القياس، وفي
 الاستحسان تجب الدية، وفي مسألة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان، وفي القياس يجب القصاص، فكان
 الوضع في هذه المسألة وتلك على القياس والاستحسان، فاندفع التدافع وحصل التوافق. [الغناية ٢٧٩/٩]
 فيصح العفو: ويبطل به الجنابة؛ لأن العفو عنها يبطله. (البنابة) حكماً: أي حكم العفو بالسراية. (البنابة)
 لا يبطل الجنابة: لأن الصلح عن الجنابة استيفاء للجنابة معنى؛ لاستيفاء بدلها، وإذا بقيت الجنابة يتوفر عليها
 عقوبتها، وهو القصاص. هذا: أي عدم امتناع العقوبة. ما ذكرناه: وهو قوله: لأن إقدامه على الإعتاق
 يدل على قصده إلخ. [الغناية ٢٧٩/٩] قال: أي محمد رحمهم الله في "الجامع الصغير". [البنابة ٢٩٠/١٣]
 وإذا جنى إلخ: الأصل: أنه إذا جنى وعليه دين خير المولى بين الدفع إلى ولي الجنابة والفداء، وإذا اختار
 الدفع إلى ولي الجنابة ثم بيع في الدين، فإن فضل شيء فهو لولي الجنابة؛ لأنه بدل ملكه، وإلا فلا شيء له،
 وإنما بدأ بالدفع جمعاً بين الحقيقتين؛ لأنه أمكن بيعه بعد الدفع، ولو بدأ ببيعه في الدين لا يمكن دفعه بالجنابة؛
 لأنه لم يوجد في يد المشتري جنابة.

ولم يعلم بالجنابة: فعليه قيمتان، قيمة لصاحب الدين، وقيمة لأولياء الجنابة؛ لأنه أُلِفَ ^{المأذون} ^{المولى} حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد: الدفع للأولياء، والبيع للغرماء، فكذا عند الاجتماع. ويمكن الجمع بين الحقين إيفاءً من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجنابة، ثم يساع للغرماء، فيضمنهما بالإتلاف، بخلاف ما إذا أُلِفَ أجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى، ويدفعها للمولى إلى الغرماء؛ لأن الأجنبي إنما يضمن للمولى بحكم الملك، فلا يظهر في مقابلته الحق؛ لأنه دونه، وههنا يجب لكل واحد منهما بإتلاف الحق فلا ترجيح، ^{ولي الجنابة والغرماء} ^{الملك}

ولم يعلم بالجنابة: قيد به، ليبني عليه قوله: فعليه قيمتان؛ لأنه لو أعتقه وهو عالم بجنابته كان عليه الدية إذا كانت الجنابة في النفس لأولياء الجنابة، وقيمة العبد لصاحب الدين. [الكفاية ٢٧٩/٩] قيمتان: يعني إذا كانت القيمة أقل من الأرش. (العناية) ويمكن إلخ: جواب عما يقال: لا يلزم من كون كل واحد منهما مضموناً بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع، لجواز أن يكونا متنافيين، فلا يجتمعان. [العناية ٢٧٩/٩] بأن يدفع إلخ: وفائدة الدفع: أن يثبت له حق الاستخلاص بالقداء، فإن للناس أغراضاً في الأعيان، وإنما لم يطل الدين بحدوث الجنابة؛ لأن موجب الجنابة صيرورته مرفوعاً، فإذا كان مشغولاً وجب دفعه مشغولاً، ثم إذا بيع وفضل من ثمنه شيء، صرف إلى أولياء الجنابة؛ لأنه بيع على ملكهم، وإن لم يف بالدين تأخر إلى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى. [الكفاية ٢٧٩/٩-٢٨٠] فيضمنهما: أي يضمن المولى القيمتين. (البنابة) بالإتلاف: لأن الإتلاف وارد عليهما. [العناية ٢٧٩/٩] فلا يظهر في مقابلته: أي حق الفريقين بالنسبة إلى ملك المالك؛ لأنه دون الملك، فصار كأن ليس فيه حق، ثم الغريم أحق بتلك القيمة؛ لأن القيمة مالية العبد، والغريم مقدم على المولى فيها؛ لأن الواجب أن يدفع إليه، ثم يساع له، فكان مقدماً معني، والقيمة هي المعنى، فيسلم إليه، وفي الفصل الأول التعارض بين الحقين، والحقان مستويان، فيظهران فيضمنهما. [الكفاية ٢٨٠/٩] لأنه: أي الحق دون الملك، فيكون الحق مع الملك مرجوحاً. [العناية ٢٨٠/٩] فلا ترجيح إلخ: أي فلا ترجيح لأحدهما على الآخر؛ لأن حقهما مرجوح بالنسبة إلى ملك المولى، فلا يظهر حكمهما. [البنابة ٢٩١/١٣]

فيظهران فيضمنهما. قال: وإذا استدان الأمّة المأذون لها أكثر من قيمتها، ثم ولدت: ^{الحقان} فإنه يباع الولد معها في الدين، وإن جنت جناية: لم يُدفع الولد معها، والفرق: أن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبته استيفاءً، فيسري إلى الولد كولد المرهونة، بخلاف الجناية؛ لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها، وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي، وهو الدفع والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية. قال: وإذا كان العبد لرجل زعم رجل آخر أن مولاه اعتقه،

فيضمنهما: أي فيضمن ولي الإعتاق لصاحب الدين وولي الجناية؛ لأنه أئلف حقهما. [البنية ٢٩١/١٣] قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية) فإنه يباع الولد: هذا إذا ولدت بعد الاستدانة، أما إذا ولدت قبل الاستدانة لم يتعلق حق غرمائها بولدها، وأما الأموال التي حصلت لها بطريق الهبة، أو الصدقة، أو التجارة، فهي أحق بها من مولاه في أداء دينها بها، ويستوي في ذلك إن كانت اكتسبت قبل لحوق الدين أو بعده؛ لأن يدها في الكسب يد معتبرة، حتى لو نازعها فيه إنسان كانت خصماً له، فباعتبار بقاء يدها يبقى حاجتها فيه مقدماً، بخلاف ما إذا كان أخذ المولى منها قبل أن يلحقها الدين، وهذا بخلاف ما إذا ولدت قبل أن يلحقها الدين؛ لأن ولدها ليس من كسبها، ولكنه جزء متولد من عينها، فكما أن نفسها لا يكون من كسبها، فكذلك ولدها إلا أن نفسها يباع في الدين لالتزام المولى ذلك بالإذن لها في التجارة، وذلك لا يوجد في حق الولد، ولو تعلق به حق الغرماء، إنما يكون بطريق السراية، ولا سراية بعد الانفصال؛ لأن الولد بعد الانفصال نفس على حدة. [الكفاية ٢٨٠/٩-٢٨٠]

متعلق برقبته: حتى صار المولى ممنوعاً من التصرف في رقبته ببيع، أو هبة، أو غيرهما. [العناية ٢٨٠/٩] كولد المرهونة: أي كولد الجارية المرهونة، فإنه يباع مع أمه. (البنية) لا في ذمتها: حتى لا يصير المولى ممنوعاً من التصرف في رقبته ببيع أو هبة أو غيرهما. (العناية) الأوصاف الحقيقية: بناء على أن الوصف الحقيقي في محل لا يمكن أن ينتقل إلى غيره، وأما الوصف الشرعي فهو أمر اعتباري يتحول بتحوله. [العناية ٢٨٠/٩] قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". [البنية ٢٩٢/١٣]

وأبرأ العبد: أي من كل الدية لا من قسطه في الدية والمولى؛ لأنه لم يدع على المولى بعد الجناية إعتاقاً حتى يَصِيرَ المولى به مختاراً للفداء مستهلكاً حق المحمي عليه بالإعتاق. (الكفاية) لا يصدق إلخ: فلا يكون له شيء أصلاً. (البنية) قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية) العبد: أي العبد المعروف بالرق. دفعاً أو فداء: أي من حيث الدفع إلى ولي الجناية، ومن حيث الفداء. [البنية ٢٩٢/١٣] البالغ: وإن الصبا حالة معهودة في كل أحد. (الكفاية) لما ذكرنا: أراد به قوله: لأنه منكر للضمان. [الكفاية ٢٨١/٩] قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية) ومن أعقق إلخ: هذه المسألة أيضاً مبناها على إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان. [العناية ٢٨١/٩] إلا الجماع والغلة: بأن قال: جامعتك وأنت أمي، أو أخذت منك غلة وأنت أمي، فقالت: بل كان ذلك بعد العتق، فإن القول قول المولى. [الكفاية ٢٨١/٩] والغلة: الغلة: كل ما يحصل من ربع أرض وكرائها، أو أجرة غلام، أو نحو ذلك.

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما، وقال محمد رحمته: لا يضمن إلا شيئاً قائماً بعينه يؤمر برده عليها؛ لأنه منكر وجوب الضمان؛ لاسناده الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الأولى، وكما في الوطء والغلة، وفي الشيء القائم أقر يدها، الرق حيث اعترف بالأخذ منها، ثم ادعى التملك عليها، وهي منكرة، والقول قول المنكر، فلهذا يؤمر بالرد إليها. ولهما: أنه أقر بسبب الضمان، ثم ادعى ما يبرئه، فلا يكون القول قوله كما إذا قال لغيره: فقأت عينك اليمنى، وعيني اليمنى صحيحة، ثم فقأت، وقال المقر له: لا، بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوعة، فإن القول قول المقر له؛ وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان؛ لأنه يضمن يدها لو قطعها، المقر

وهذا: أي كون القول للمولى. (البنية) شيئاً إلخ: يعني لو كان أقر بأخذ شيء منها بعينه، والمأخوذ قائم بيده، واختلفا فيه على هذا الوجه، فإن الرد فيه مجمع عليه، بناها محمد رحمته على الأصل المذكور، وأجاب عن تخلف الشيء القائم بعينه، بأنه أقر بيده أي بيد المأخوذ منه. [العناية ٢٨٢/٩]

المسألة الأولى: أشار بها إلى قوله: وإذا أعتق العبد فقال للرجل: قتلت أحاك خطأ وأنا عبد، وقال الآخر: قتلته وأنت حر، فالقول قول العبد. [البنية ٢٩٣/١٢] كما إذا قال إلخ: أي قال لغيره: فقأت عينك اليمنى، وعيني اليمنى صحيحة، ثم فقأت يريد بذلك براءته عن ضمان العين قصاصاً وأرشاً، وقال المقر له: بل فقأتها، وعينك اليمنى مفقوعة يريد به وجوب نصف الدية عليه، وهذا بناء على أن جنس العضو المتلف إذا كان صحيحاً حال الإتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على أصل أصحابنا رحمهم أن موجب العمد القود على سبيل التعيين، وله العدول إلى المال، فقبل العدول إذا فات المحل بطل الحق. [العناية ٢٨٢/٩]

فقأت: ليس المراد من الفقأ القلع؛ لأنه لا قصاص في القلع، ولكن المراد منه: إذهاب الضوء مع بقاء العين، وفيه القصاص. [الكفاية ٢٨٢/٩] ثم فقأت: أي ذهبت عيني اليمنى وسقط القود. ما أسنده: أي ما أسند سبب الضمان، وهو الأخذ والقطع. (البنية) حالة منافية: فإن محض الرق ليس بحالة متنافية للضمان.

وهي مديونة، وكذا يضمن مالَ الحربي إذا أخذه، وهو مستأمن، بخلاف الوطء والغلة؛ لأن وطء المولى أتمته المديونة لا يوجب العقر، وكذا أخذه من غلتها، وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه، فحصل الإسنادُ إلى حالة معهودة منافية للضمان. قال: وإذا أمر العبدُ المحجورُ عليه صبيًّا خراً بقتل رجل، فقتله: فعلى عاقلة الصبي الدية؛ لأنه هو القاتل حقيقةً،

وكذا يضمن: لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان؛ لأنه يضمن مالَ الحربي إذا كان مستأماً. إذا أخذه إلخ: صورتها مسلم دخل دار الحرب بأمان، وأخذ مال حربي، ثم أسلم الحربي، ثم خرجا إلينا، فقال المسلم: أخذت منك مالاً وأنت حربي، فقال: بل أخذت مني، وأنا مسلم. [العناية ٢٩٤/٩]

الوطء والغلة: هذا يتصل بقوله: كما في الوطء والغلة، وهو جواب عما قاسه محمد ﷺ. [البنية ٢٩٤/١٣]

والحاصل: أن هذه المسألة على ثلاثة أوجه: في وجه: يكون القول قول المولى، وهو ما إذا أخذ الغلة، أو وطئها، وفي وجه: يكون القول قول الجارية، وهو ما إذا أقر المولى أنه أخذ منها مالاً، وهو قائم في يده، وفي وجه: اختلفوا وهو ما إذا استهلك مالها أو قطع يدها، وقد اتفقوا على أصليين: أحدهما: أن الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط المقر به، والآخر: أن من أقر بسبب الضمان، ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع منه إلا بحجة، فالوجه الأول مخرج على الأصل الأول بالاتفاق. والوجه الثاني مخرج على الأصل الثاني بالاتفاق، والوجه الثالث خروجه محمد ﷺ على الأول، وهما على الثاني. [العناية ٢٨٣/٩]

لا يوجب العقر: وهو صديق المرأة إذا وطئت بشبهة. لأن حق الغرماء لا يتعلق بمنافع بضعها؛ لأنها ليست بمال، وكذا أخذ الغلة، فإن المولى إذا ضرب على عبده غلة، وهو مديون يصح، ولو أخذ لا يكون مضموناً على المولى، فكان منكراً لا مقراً كذا ذكره الإمام السكثاني. [الكفاية ٢٨٢/٩-٢٨٣] قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". [البنية ٢٩٤/١٣] أمر العبد إلخ: قيد بالعبد؛ لأنه لو كان الأمر حراً بالغاً يرجع عاقلة الصبي على عاقلة الأمر، وقيد بالمحجور عليه؛ لأنه لو كان مكاتباً بالغاً يرجع عاقلة الصبي عليه بأقل من قيمته، ومن الدية، بخلاف ما إذا كان الأمر عبداً مأذوناً حيث لا يرجعون عليه إلا بعد العتق، وقوله: صبيًّا خراً، قيد بالحر؛ لأنه لو كان عبداً لا يجب الدية، بل يدفع أو يفدي. [الكفاية ٢٨٣/٩]

وعمده وخطؤه سواء على ما بيننا من قبل، ولا شيء على الأمر، وكذا إذا كان الأمر صبيّاً؛ لأنهما لا يؤخذان بأقوالهما؛ لأن المؤاخذه فيها باعتبار الشرع، وما اعتبر قولهما، ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الأمر أبداً، ويرجعون على العبد الأمر بعد الإعتاق؛ لأن عدم الاعتبار لحق المولى، وقد زال لا لتقصان أهلية العبد، بخلاف الصبي؛ لأنه قاصر الأهلية. قال: وكذلك إن أمر عبداً، معناه: أن يكون الأمر عبداً، والمأمور عبداً محجوراً عليهما، يُخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء؛ ولا رجوع له على الأول في الحال، ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد؛ لأنه غير مضطر في دفع الزيادة، وهذا إذا كان القتل خطأ، وكذا إذا كان عمداً، والعبد القاتل صغيراً؛ لأن عمده خطأ، أما إذا كان كبيراً يجب القصاص؛ لجريانه بين الحرّ والعبد. قال: وإذا قتل العبد رجلين عمداً، ولكل واحد منهما وليّان،

ما بينا: إشارة إلى ما ذكره قبيل فصل الجنين. (العناية) قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنابة) يخاطب إلخ: هذا الحكم لا يقتضي أن يكون الأمر والمأمور كلاهما محجوراً عليهما لا محالة، بل يكفي بأن يكون الأمر محجوراً عليه؛ لأنه إذا أمر العبد المحجور العبد المأذون، وبقي المسألة بحالها، فالحكم كذلك، أما لو كان الأمر عبداً مأذوناً، والمأمور عبداً محجوراً أو مأذوناً يرجع مولى العبد القاتل بعد الدفع أو الفداء على رقبة العبد الأمر في الحال بقيمة عبده؛ لأن الأمر بأمره صار غاصباً للمأمور، فصار كإقراره بالغصب، والعبد المأذون لو أقر بالغصب يؤخذ به في حال رقته، بخلاف المحجور على ما ذكرنا. [الكفاية ٢٨٣/٩]

لأنه غير مضطر إلخ: فإن القيمة إذا كانت أقل من الفداء فالمولى غير مضطر إلى إعطاء الزيادة على القيمة، بل يدفع العبد. (شرح الوقاية) غير مضطر: أي لا ضرورة له في إعطاء الزيادة؛ لأنه يتخلص عن عهدة الضمان بإعطاء الأقل من الفداء أو قيمة العبد؛ لأنه إنما ألتف بأمره ما هو الأقل منهما. [العناية ٢٨٣/٩]

قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". [البنابة ٢٩٦/١٣]

فعفا أحدٌ وليّ كلٍّ واحد منهما: فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين، أو يفديه بعشرة آلاف درهم؛ لأنه لما عفا أحدٌ ولي كل واحد منهما: سقط القصاصُ وانقلب مالاً، فصار كما لو وجب المال من الابتداء؛ وهذا لأن حَقَّهم في الرقبة، أو الأولياء في عشرين ألفاً، وقد سقط نصيبُ العافين، وهو النصف وبقي النصف. فإن كان قتل أحدهما عمداً، والآخر خطأ، فعفا أحدٌ وليّ العمد، فإن فداه المولى: فداه العبد بخمسة عشر ألفاً: خمسة آلاف للذي لم يَعْفُ من وليّ العمد، وعشرة آلاف لوليّ الخطأ؛ لأنه لما انقلب العمدُ مالاً كان حق وليّ الخطأ في كل الدية عشرة آلاف، وحقُّ أحد وليّ العمد في نصفها خمسة آلاف، ولا تضايق في الفداء، فتجب خمسة عشر ألفاً. وإن دفعه: دفعه إليهم أثلاثاً: ثلثاه لوليّ الخطأ، وثلثه لغير العافي من وليّ العمد عند أبي حنيفة رحمته الله. وقالوا: يدفعه أربعاً: ثلاثة أرباعه لوليّ الخطأ، وربعه لوليّ العمد، فالقسمة عندهما بطريق المنازعة،

لو وجب إلخ: ولو وجب المال في بداية الأمر بسبب القتلين لكان بالنصف فكذا هنا. [البنية ١٣/٢٩٦] فالقسمة عندهما إلخ: وأصل هذا: ما اتفقوا عليه أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة؛ لعدم التضايق في الذمة، فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال، فيضرب بجميع حقه، وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كمسألة بيع الفضولي، وهي أن فضولياً لو باع عبد إنسان كله، وفضولياً آخر باع نصفه، وأجاز المالك البيعين كان العبد بين المشتريين أربعاً، فكانت القسمة بطريق المنازعة؛ لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة؛ لأن العين الواحدة تضيق الحقين على وجه الكمال، وإذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمتهما: في هذه المسألة ثلاثة أرباع: العبد المدفوع لولي الخطأ، =

فيسلّم النصف لولي الخطأ بلا منازعة، واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتتصف، فلهذا يقسم أرباعاً، وعنده يقسم بطريق العول، والمضاربة أثلاثاً؛ لأن الحق تعلق بالرقبة، أصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل، وذلك بالنصف، ولهذه المسألة نظائر وأضداد ذكرناها في "الزيادات". قال: ^{ولي العمد} وإذا كان عبد بين رجلين، فقتل مولى لهما أي قريباً لهما، فعفا أحدهما: بطل الجميع ^{كأخيها أو عمها}

= ورבעه للساكت من ولي العمد؛ لأن حق ولي العمد كان في جميع الرقبة، فإذا عفا أحدهما بطل حقه، وفرغ النصف، فيتعلق حق ولي الخطأ بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الآخر، واستوت منازعة ولي الخطأ، والساكت من ولي العمد في هذا النصف، فصار هذا النصف بينهما نصفين، فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعاً كما في مسألة الفضولين، ولأبي حنيفة رحمته الله: أن أصل حقهما ليس في عين العبد، بل في الأرض الذي هو بدل التلف، والقسمة في غير العين تكون بطريق العون والمضاربة؛ وهذا لأن حق ولي الخطأ في عشرة آلاف، وحق شريك العاني في خمسة، فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألفان لرجل وألف لأخر مات وترك ألف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين أثلاثاً بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الألفين، وثلثاها لصاحب الألف كذلك هذا، بخلاف بيع الفضولي؛ لأن الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء. [العناية ٢٨٤/٩]

الفريقين: أي ولي الخطأ، وأحد ولي العمد. فيتتصف: أي فيجعل هذا النصف بينهما نصفين. (البنية) العول: ومعنى العول: أن يضرب كل واحد منهم بسهمه، فيجمع السهام كلها، ويقسم السهام على مبلغ السهام ألفين. [البنية ٢٩٧/١٣] فيضرب: قال الفقهاء: فلأن يضرب فيه بالثلث أي يأخذ منه شيئاً بحكم ماله من الثلث. في الزيادات: لصاحب المحيط ولقاضي خان أيضاً، ولأبي القاسم أحمد بن محمد بن عمر العتاي، ولأبي عبد الله محمد بن عيسى الضرير، وللتاج، و لصاحب "الهداية"، ونقل الأكمّل في العناية منها في باب الاستثناء. قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". [البنية ٢٩٧/١٣] الجميع: أي بطل حق الآخر في النفس والمال جميعاً. [العناية ٢٨٤/٩]

عند أبي حنيفة رحمته الله. وقالوا: يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر، أو يفديه بربع الدية، وذكر في بعض النسخ: قتل ولياً لهما، والمراد: القريب أيضاً، وذكر في بعض النسخ: قول محمد مع أبي حنيفة رحمته الله، وذكر في "الزيادات": عبد قتل مولاه، وله ابنان، فعفا أحد الابنين: بطل ذلك كله عند أبي حنيفة ومحمد رحمتهما الله، وعند أبي يوسف رحمته الله: الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب، ولم يذكر اختلاف الرواية. لأبي يوسف رحمته الله: أن حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع؛ لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له، فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر، وهو النصف مالا غير أنه شائع في الكل، فيكون نصفه في نصيبه، لعدم الانقسام الآخر

عند أبي حنيفة رحمته الله إلخ: له أن القصاص وجب حقاً لهما، أي لكل واحد منهما في النصف من غير تعيين، فاحتمل أنه وجب لكل منهما في كل العبد أو في النصف متردداً بين نصفه ونصف صاحبه، أو فيهما شائعاً، وكل ذلك لا يمنع وجوب القود؛ لأن أجزاء العبد في حق القود ليس بعضها أولى من بعض، والعافي لما عفا سقط نصيبه، وانقلب نصيب الآخر مالا، وذلك النصيب هو النصف، فاحتمل وجوب هذا المال كله من كل وجه، بأن يعتبر متعلقاً بنصيب صاحبه، واحتمل السقوط من كل وجه، بأن يعتبر متعلقاً بنصيب صاحبه، واحتمل وجوب النصف، بأن يعتبر متعلقاً بهما شائعاً، فوقع الشك، والمال لا يجب بالشك.

وقالوا إلخ: يعني أن نصيب من لم يعف لما انقلب مالا بعفو صاحبه صار نصفه في ملكه، ونصفه في ملك صاحبه، فما أصاب ملك صاحبه لم يسقط وهو الربع، وما أصاب ملك نفسه سقط. [الكفاية ٢٨٥/٩] بعض النسخ: أي نسخ الجامع الصغير. (العناية) أبي حنيفة رحمته الله: والأشهر أنه مع أبي يوسف رحمته الله. [العناية ٢٨٤/٩] ثبت في العبد إلخ يعني أن حق واحد من المولين في نصف القصاص شائعاً؛ لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له؛ لأن العبد في حق الدم مبقى على أصل الحرية، والمولى من دمه كأجنبي، فيستحق دمه بالقصاص، فإذا وجب وجب لكل منهما نصف القود شائعاً، ونصفه في ملكه، ونصفه في ملك صاحبه، فإذا انقلب نصيب أحدهما مالا بعفو الآخر انقلب شائعاً، فما صادف ملكه سقط، وبقي ما صادف ملك صاحبه، وهو الربع.

والنصفُ في نصيب صاحبه، فما يكون في نصيبه، سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده مالاً، وما كان في نصيب صاحبه بقي، ونصفُ النصف هو الربع، فلهذا يقال: ادفع نصف نصيبك، أو اقلده برع الدية. ولهما: أن ما يجب من المال يكون حقاً للعاني إلى الآخر وهو نصف النصف للمقتول؛ لأنه بدلُ دمه، ولهذا تقضى منه ديونُه، وتنفذ به وصاياه، ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته، والمولى لا يستوجب على عبده ديناً، فلا تخلفه الورثة فيه.

فصل

ومن قتل عبداً خطأ: فعليه قيمته لا تزد على عشرة آلاف درهم، فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم، أو أكثر: قضى له بعشرة آلاف إلا عشرة، وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية: خمسة آلاف إلا عشرة، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما، وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما: تجب قيمته بالغة ما بلغت، ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً، فهلك في يده: تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع.

فصل: لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد شرع في بيان أحكام الجناية على العبد، وقدم الأول ترجيحاً لجانب الفاعلية. [العناية ٢٨٦/٩] خمسة آلاف إلخ: هذا أظهر الروايتين، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يجب خمسة آلاف درهم إلا خمسة. [الكفاية ٢٨٦/٩]

وقال أبو يوسف إلخ: وهذا القول من أبي يوسف رحمه الله قوله الآخر، وكان يقول أولاً مثل قولهما، وهذا الاختلاف بناء على أن الواجب بقتل العبد خطأ ضمان المال، أم ضمان النفس، فأبو يوسف والشافعي رحمهما رجحا جانب المالية؛ لأن ضمان المال بالمال أصل، وضمان ما ليس بمال بالمال، بخلاف الأصل، ومهما أمكن إيجاب الضمان على موافقة القياس لا يصار إلى إيجابه، بخلاف القياس. [الكفاية ٢٨٦/٩]

لهما: أن الضمان بدلُ المالية، ولهذا يجب للمولى، وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية، ولو قُتل العبدُ المبيع قبل القبض يبقى العقدُ، وبقاؤه ببقاء المالية أصلاً، أو بدلاً، وصار كقليل القيمة وكالغصب. ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: قوله تعالى: ﴿وَدِيَّةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ أوجبها مطلقاً، وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية، ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً، وفيه معنى المالية، والآدمية أعلاهما، فيجب اعتبارها بأهوار الأديني عند تعذر الجمع بينهما، وضمان الغصب بمقابلة المالية؛ إذ الغضب لا يرد إلا على المال، هي المالية

ولهذا يجب للمولى إلخ: يعني لو كان بدل الدم لكان للعبد؛ إذ هو في حق الدية مبقى على أصل الحرية، ولهذا لا ينفذ إقرار المولى بالقصاص على عبده. [الكفاية ٢٨٦/٩] من حيث المالية: لا من حيث الآدمية، فلو كان الضمان بدل الدم لوجب الضمان للعبد؛ لأنه في حق الدم مبني على أصل الحرية. [البنية ٢٩٩/١٣] يبقى العقد: أي لو لم يكن الضمان بدل للمالية لما بقي العقد باعتباره؛ لأن البيع يتناول المالية. [الكفاية ٢٨٧/٩] أصلاً: يعني إن بقي العين. (البنية) بدلاً: يعني إن هلك العين. (البنية) كقليل القيمة: يعني لو كان العبد قليل القيمة يجب ذلك القدر، ولا يبلغ إلى الدية. [البنية ٣٠٠/١٣]

وكالغصب: أي وكان كالغصب يعني في الغضب كذلك لا يجب إلا قدر القيمة لا يبلغ إلى الدية. (البنية) مطلقاً: من غير فصل بين الحر والعبد من قتل خطأ. (البنية) مكلفاً: بالإيمان والشرائع التي تجب عليه من الصلاة والصوم والعقوبات. [البنية ٣٠٠/١٣] معنى المالية: حتى ورد عليه الملك بلا خلاف. [الغناية ٢٨٧/٩] تعذر الجمع إلخ: ودليل التعذر: أنه لا يضمن الدية مع كمال القيمة في الخطأ، ولا يستوفي القصاص مع كمال القيمة في العمد. [الكفاية ٢٨٧/٩] الغضب: جواب عن قولهما: وكالغضب.

على المال: وليس القتل بمنزلة استهلاك سائر الأموال؛ لأن ضمان الأموال يشبه ضمان التجارة، ألا ترى أن العبد المأذون لو أقر بقتل دابة إنسان جاز إقراره، وبقتل عبده لم يجوز إقراره، وكذا تجب الكفارة بقتل العبد دون قتل الدابة على أن ضمان قتل العبد ضمان الجنابة، فيكون سبيله سبيل الجنابات دون سبيل ضمان الأموال.

وبقاء العقد يتبع الفائدة، حتى يبقى بعد قتله عمداً، وإن لم يكن القصاص بدلاً عن المالية، فكذلك أمر الدية، وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة اللآدمية، إلا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأياً، بخلاف كثير القيمة؛ لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم، ونقصنا منها في العبد إظهاراً لانحطاط رتبته، وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنه*.

قال: وفي يد العبد نصف قيمته لا يزداد على خمسة آلاف إلا خمسة؛ لأن اليد من الآدمي نصفه، فتعتبر بكماله، ويُنقص هذا المقدار إظهاراً لانحطاط رتبته،
العبد

وبقاء إلخ: هذا جواب عما قالوا: إن العقد باق بعد ما قتل المبيع في يد البائع، وبقاؤه بقاء المالية أصلاً، أو بدلاً، فأجاب أن بقاء العقد في تلك الصورة لاشتغال البقاء على الفائدة، لا يكون القيمة بدلاً عن المالية بدليل أن القتل لو كان عمداً يبقى العقد أيضاً لاشتغال البقاء على الفائدة، لا يكون القيمة بدلاً عن المالية بدليل أن القتل لو كان عمداً يبقى العقد أيضاً لاشتغال البقاء على فائدة التخيير بين فسخ البيع، واستيفاء القصاص، فكما أن القصاص ليس يبدل المالية إجماعاً، فكذا أمر الدية. وفي قليل القيمة إلخ: جواب عن قولهما: وصار كقليل القيمة.

بأثر عبد الله إلخ: وفي عامة الكتب بأثر عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وهو لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر، وتنقص منه عشرة دراهم، وهذا كالمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ لأن المقادير لا تعرف بالقياس، وإنما طريق معرفتها السماع من صاحب الوحي. [الكفاية ٢٨٨/٩] لا يزداد [على هذا المقدار]. إلخ: هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية، وفي "المبسوط": يجب نصف قيمته بالغة ما بلغت في الصحيح من الجواب إلا في رواية عن محمد صلى الله عليه وسلم أنه يجب في قطع يده خمسة آلاف إلا خمسة؛ وهذا لأن العبد في حكم الجنابة على أطرافه بمنزلة المال، ولهذا لا يجب القصاص بحال، ولا تتحملها العاقلة، إلا أن محمداً صلى الله عليه وسلم قال في بعض الروايات: القول بهذا يؤدي إلى أن يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله كما لو قطع يد عبد، والعبد يساوي ثلاثين ألفاً، ضمن خمسة عشر ألفاً. [الكفاية ٢٨٨/٩-٢٨٩]

* غريب. [نصب الراية ٣٨٩/٤] وأخرج ابن أبي شيبة في "مصنفه" حدثنا وكيع عن سفيان عن مغيرة عن إبراهيم والشعي قالوا: لا يبلغ دية العبد دية الحر في الخطأ. [رقم: ٧٢٦٥، ٢٤٠/٩، باب من قال: لا يبلغ به دية الحر]

وكل ما يقدر من دية الحرّ، فهو مقدّر من قيمة العبد؛ لأن القيمة في العبد كالدية في الحرّ؛ إذ هو بدلُ الدم على ما قررنا، وإن غصب أمةً قيمتها عشرون ألفاً، فماتت في يده، فعليه تمام قيمتها؛ لما بينّا أن ضمان الغصب ضمان المالية. قال: ومن قطع يدَ عبد، فأعتقه المولى، ثم مات من ذلك، فإن كان له ورثة غير المولى، فلا قصاص فيه، وإلا اقتص منه، وهذا عند أبي حنيفة، وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: لا قصاص في ذلك، وعلى القاطع أرشُ اليد، وما نقصه ذلك إلى أن يعتقه، ويطلق الفضل، وإنما لم يجب القصاص في الوجه الأول؛ لاشتباه من له الحق؛ لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً إلى وقت الجرح، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى، وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة، فتحقق الاشتباه، وتعذر الاستيفاء، فلا يجب على وجه يستوفي، وفيه الكلام،

فهو مقدّر إلخ: يعني يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد؛ لأنه يجب في الحر نصف عشر الدية. (العناية) على ما قررنا: إشارة إلى قوله: ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى: ﴿وَدِيَّةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾. [العناية ٢٨٨/٩] ضمان الغصب إلخ: لأن الغصب يرد عليه من حيث أنه مال لا من حيث أنه آدمي، فتعتبر المالية بالغاً قيمتها ما بلغت. (البنية) قال: أي محمد رحمه الله في "الجامع الصغير". [البنية ٣٠٣/١٣] الوجه الأول: يعني فيما إذا كان له ورثة غير المولى. (العناية) من له الحق: يعني المستوفي وجهاته تمنع القصاص. [العناية ٢٨٨/٩] للمولى: لأنه عبد في تلك الحالة. الثانية: وهي حالة الموت. (البنية) للورثة: لأنه حر عند الموت. وجه يستوفي: الاشتباه من له الحق. [البنية ٣٠٤/١٣] وفيه الكلام: أي في وجوبه على وجه يستوفي، ولا كلام في أصل الوجوب؛ لأن الوجوب لإفادة الاستيفاء، فإذا فات المطلوب منه سقط اعتباره. [الكفاية ٢٨٩/٩]

واجتماعهما لا يزيل الاشتباه؛ لأن الملكين في الحالين، بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل؛ لأن ما لكلٍ منهما من الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت، فإذا اجتمعا زال الاشتباه. ولحمد ﷺ في الخلافة، وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى: أن سبب الولاية قد اختلف؛ لأنه الملك على اعتبار إحدى الحاليتين، والوراثة بالولاء على اعتبار الأخرى، فنزل منزلة اختلاف المستحق اختلاف الأسباب فيما يحتاط فيه، كما إذا قال لآخر: بعني هذه الجارية بكذا، فقال المولى: زوّجتها منك لا يحلّ له وطؤها، ولأن الإعتاق قاطع للسراية، اختلاف السبب

واجتماعهما إلخ: جواب عما يقال: سلمنا أن من له الحق مشتبّه، لكن يزول الاشتباه باجتماعهما، ووجهه: أن اجتماعهما لا يزيله؛ لأن الملك في الحالين مختلف، فإن الملك للمولى وقت الجرح دون الموت، وللورثة بالعكس، وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام في الحالين، فلا يكون الاجتماع مفيداً، بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر، فإن كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص؛ لأن الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة، والموصى له إذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة؛ لأن الرقبة فانت لا إلى بدل، فلا يملك إبطال حقه عليه، ولكن إذا اجتمعا فقد رضي الموصى له بالخدمة بفوات حقه، فيستوفيه الآخر لزوال الاشتباه. [العناية ٢٨٩/٩]

في الخلافة: أي في المسألة المختلف فيها. [البنية ٣٠٤/١٣] الحاليتين: وهي حالة الجرح قبل العتق. (العناية الأخرى: هي حالة الموت بعد العتق). (العناية) فيما يحتاط فيه: أي الدماء والفروج. [العناية ٢٨٩/٩] أي فيما لا يثبت بالشبهات احتراز بهذا عن قال لآخر: لك علي ألف درهم من قرض، فقال المقر له: لا، بل من ثمن مبيع، فإنه يقضي بالمال، وإن اختلف السبب؛ لأن ذلك من الأموال، ويجري البذل والإباحة فيها، ولا يبالي باختلاف السبب. [الكفاية ٢٨٩/٩-٢٩٠] الإعتاق: ألا ترى أن من جرح عبد إنسان، ثم أعتقه مولاه، ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص، ولا القيمة. (العناية) للسراية: وذلك؛ لأن الإعتاق يصير النهاية مخالفاً للبداية. [العناية ٢٩٠/٩]

وبانقطاعها يبقى الجرحُ بلا سرية، والسرية بلا قطع، فيمتنع القصاص. ولهما: أنا
 تيقنًا بثبوت الولاية للمولى؛ فيستوفيه؛ وهذا لأن المقضي له معلوم، والحكم متّحد،
 فوجب القول بالاستيفاء، بخلاف الفصل الأول؛ لأن المقضي له مجهول، ولا معتبر
 باختلاف السبب ههنا؛ لأن الحكم لا يختلف، بخلاف تلك المسألة؛ لأن ملك
 اليمين يغير ملك النكاح حكماً، والإعتاق لا يقطع السرية لذاته، بل لاشتباه مَنْ
 له الحق، وذلك في الخطأ دون العمد؛ لأن العبد لا يصلح مالكا للمال، فعلى اعتبار
 حالة الجرح يكون الحق للمولى، وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت؛ لحريته،
 فيقضي منه ديونه، وينفذ وصاياه، فجاء الاشتباه. أما العمد فموجبه القصاصُ،

القصاص: كأنه تلف بأفة سماوية. (العناية) بثبوت الولاية: أي ثبوت ولاية الاستيفاء في العمد للمولى. (العناية)
 والحكم: وهو استيفاء القصاص. (العناية) الفصل الأول: يعني ما إذا كان له ورثة غير المولى حيث
 لم يجب القصاص بالاتفاق؛ لأن المقضي له مجهول. [العناية ٢٩٠/٩] مجهول: لأننا لو اعتبرنا حالة الجرح
 فالمقضي له المولى، ولو اعتبرنا حالة الموت، فالمقضي له الورثة. (الكفاية) باختلاف السبب ههنا: أي في
 الفصل الثاني، وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المالك في العمد، واختلاف السبب هو أنا لو اعتبرنا
 حالة الجرح كان السبب هو الملك، ولو اعتبرنا حالة الموت كان السبب هو الولاء، ولا اعتبار له؛ لأن
 المقصود، وهو الحكم الذي هو استيفاء القصاص متحد. [الكفاية ٢٩٠/٩-٢٩١]

تلك المسألة [أي مسألة الجارية]: يعني المستشهد بها بقوله: كما إذا قال لآخر: بعني هذه الجارية إلخ،
 فإن الحكم فيها مختلف؛ لأن ملك اليمين يغير ملك النكاح حكماً؛ لأن ملك النكاح يثبت الحل مقصوداً،
 وملك اليمين قد لا يثبت، ولو أثبت لم يكن مقصوداً، واختلف الحكم كما اختلف السبب. (العناية)
 والإعتاق: جواب عن قوله: ولأن الإعتاق قاطع للسرية. (العناية) في الخطأ: حتى أن من جرح عبد إنسان
 خطأ، ثم أعتقه مولاه، ثم مات من تلك الجراحة ينقطع السرية، فلا يلزمه الدية ولا القيمة. للمولى: لكونه قبل
 العتق. [العناية ٢٩١/٩]

والعبد مبقى على أصل الحرية فيه، وعلى اعتبار أن يكون الحقُّ له، فالمولى هو الذي يتولاه؛ إذ لا وارث له سواه، فلا اشتباه في من له الحق، وإذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد ﷺ: يجب أرش اليد، وما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الإعتاق كما ذكرنا؛ لأنه حصل على ملكه، ويبطل الفضل، وعندهما: الجواب في الفصل الأول كالجواب عند محمد ﷺ في الثاني. قال: ومن قال لعبده: أحدكما حرّاً، ثم شجّاً، فأوقع العتق على أحدهما: فأرشها للمولى؛ لأن العتق غير نازل في المعين، والشجّة تصادف المعين، فبقيا مملوكين في حق الشجّة. ولو قتلتهما رجل: تجب دية حرٍّ وقيمة عبد،

أصل الحرية: ولهذا لم يكن لمولاه أن يسفك دمه بلاحق. (البنية) يتولاه: بطريق الخلافة عنه. [العناية ٢٩١/٩] ويبطل الفضل: من بقية القيمة. [البنية ٣٠٦/١٣] الأول: وهو ما إذا كان له وارث غير المولى. (الكفاية) الثاني: وهو ما إذا لم يكن له وارث. [الكفاية ٢٩٢/٩] قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". فأوقع العتق: أي بين ذلك المبهم بالتعيين في أحدهما، وإنما ذكر بلفظ أوقع ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما في حق الأرض معيناً، وإن كان ظهر وقوع العتق على أحدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل، فإنه إذا قال: أحدكما حر، فمات أحدهما، أو قتل تعين العتق في الآخر. (العناية) المعين: لأنه أوقع في المنكر، والعتق في المنكر، فلا يكون بالعتق نازلاً في المعين. [البنية ٣٠٧/١٣] فبقيا مملوكين إلخ: فيكون أرشهما للمالك. [العناية ٢٩٢/٩]

تجب دية حر إلخ: هذا إذا كان القاتل واحداً، وقتلتهما معاً، واستوت قيمتهما أما إذا كان القاتل اثنين فيجوز بعده، وأما إذا قتلتهما الواحد على التعاقب، فعليه قيمة الأول للمولى، ودية الآخر لورثته؛ لأن يقتل أحدهما تعين الآخر للعتق فتبين أنه قتله، وهو حر وأما لو قتلتهما معاً كان عليه قيمته، ودية حر إن استوت القيمتان، وإن اختلف فعليه نصف قيمة كل واحد منهما، ودية حر؛ لأننا نتيقن أنه قتل عبداً وحرّاً، وقتل الحر يوجب الدية، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما، ونصف دية كل واحد منهما، ولأن البيان فات حين قتلها، وعند فوت البيان يشيع العتق فيهما. [الكفاية ٢٩٢/٩]

والفرق: أن البيان إنشاء من وجه، وإظهار من وجه على ما عرف، وبعد الشجة بقي محلاً للبيان، فاعتبر إنشاء في حقهما، وبعد الموت لم يبق محلاً للبيان، فاعتبرناه إظهاراً محضاً، وأحدهما حر ييقن، فتجب قيمة عبد ودية حر، بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين؛ لأننا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرّاً، وكل منهما ينكر ذلك؛ ولأن القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول؛ لأنه لا يفيد فائدة، وإنما صحّحناه ضرورة صحة التصرف، وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم، فيتقدّر بقدر الضرورة، وهي في النفس دون الأطراف،

إنشاء من وجه: حتى يشترط صلاحية المحل للإنشاء، فلو مات أحدهما، فبيان العتق فيه لا يصح. (العناية) وإظهار من وجه: حتى يجبر عليه، ولو كان إنشاء من كل وجه لما أجبر عليه؛ إذ المرء لا يجبر على إنشاء العتق والعبد. (العناية) ما عرف: في أصول الفقه. [العناية ٢٩٢/٩] محلاً للبيان: أي البيان الذي هو إنشاء من وجه؛ لأنه ليس محلاً للإنشاء، فلا يكون محلاً لهذا البيان، وأما البيان المحض الذي هو الإظهار فقط، فإلغيت محل له. قيمة المملوكين: هذا إذا قتلها معاً ولا يدري أيهما قتل أولاً، أما إذا قتلها رجلاً، فإن كان قتلها على التعاقب، فعلى القاتل الأول قيمة الأول لمولاه، وعلى القاتل الثاني دية لورثته؛ لأن العتق تعين، وأما لو قتلها معاً، فعلى كل واحد منهما قيمة عبد؛ لأن كل واحد من القاتلين إنما قتل أحدهما بعينه، والعتق في حق المعين كأنه غير نازل، فكان كل واحد منهما مملوكاً عيناً، وإنما نزل العتق في المنكر، ولا نتيقن أن كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر، وإنما يجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به، وهو القيمة. [الكفاية ٢٩٢/٩] ينكر ذلك: أي ينكر أنه قتل الحر. (البنية) ولأن القياس: يريد به الفرق ثانياً بين الشجة والقتل. [البنية ٣٠٧/١٣] لا يفيد فائدة: [وفي نسخة: فائدته] أي فائدة العتق من أهلية الولاية للقضاء والشهادة، وما هو كذلك، فلا معتبر به في الشرع. [العناية ٢٩٣/٩] صحّحناه: أي العتق نازلاً في أحدهما. (البنية) صحة التصرف: أي تصرف العتق لئلا يلغو كلامه الذي امتاز عن سائر الحيوانات. [البنية ٣٠٧/١٣-٣٠٨] المعلوم: بطريق البيان بتعيين المبهم في أحدهما بعينه. (العناية) النفس: لأنها محل العتق. (العناية) الأطراف: لأنها إن حلها حل تبعاً. [العناية ٢٩٣/٩]

فبقي مملوكاً في حقهما. قال: ومن فقاً عيني عبد: فإن شاء المولى دفع عبده، وأخذ قيمته، وإن شاء أمسكه، ولا شيء له من النقصان عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: إن شاء أمسك العبد، وأخذ ما نقصه، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته، وقال الشافعي رحمته الله: يضمنه كل القيمة، ويمسك الجثة؛ لأنه يجعل الضمان مقابلاً المالك الفاعل بالفئات، فبقي الباقي على ملكه كما إذا قطع إحدى يديه، أو فقاً إحدى عينيه، ونحن نقول: إن المالية قائمة في الذات، وهي معتبرة في حق الأطراف؛ لسقوط الذات اعتبارها في حق الذات قصراً عليه، وإذا كانت معتبرة، وقد وجد إتلاف النفس الأطراف من وجه بتفويت جنس المنفعة، والضمان يتقدر بقيمة الكل، فوجب أن يملك من نقاً الجثة؛ دفعاً للضرر، ورعاية للمماثلة، بخلاف ما إذا فقاً عيني حر؛ لأنه ليس فيه معنى المالية، وبخلاف عيني المدبر؛ لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك،

حقهما: أي فبقي العبد مملوكاً في حق الأطراف على أصل القياس. [العناية ٢٩٣/٩] قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". (البنية) إذا قطع إلخ: فإنه يأخذ كل الدية له. [البنية ٣٠٨/١٣] لسقوط اعتبارها إلخ: أي لأن اعتبار المالية في حق الذات قصراً عليه ساقط أي لم يقتصر اعتبار المالية في حق الذات فحسب، بل اعتبرت في حق الأطراف أيضاً. [الكفاية ٢٩٣/٩-٢٩٤] وإذا كانت إلخ: أي أن اعتبارها في حق الذات أي جميع البدن وحده مقتصراً عليه ساقط بالإجماع، فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف، ولأنها أولى باعتبار المالية فيها؛ لأنها تسلك مسلك الأموال، وإذا كانت معتبرة في الأطراف كان قيامها كقيامها في الذات وفواتها بفواتها كفواتها بفوات الذات، فكان إتلاف الأطراف كإتلاف الذات من وجه بتفويت جنس المنفعة، وقد وجد الإتلاف من وجه بتفويت جنس المنفعة، فيجب الضمان والضمان يتقدر بقيمة الكل، وأداء قيمة الكل يقتضي تملك الجثة؛ دفعاً للضرر ورعاية للمماثلة. [العناية ٢٩٤/٩] بخلاف ما إذا إلخ: هذا جواب عما يقال من جهة الخصم: لا يراعون ما قلتم في المالك فقاً عيني حر، فأجاب بقوله. (البنية) لا يقبل الانتقال: لأنه ملك نفسه من وجه. [البنية ٣٠٩/١٣]

وفي قطع إحدى اليدين، وفقاً لإحدى العينين لم يوجد تقويتُ جنس المنفعة. ولهما: أن معنى المالية لما كان معتبراً وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الأموال، فإن مَنْ خرق ثوبَ غيره خرقاً فاحشاً إن شاء المالك دفع الثوبَ إليه، وضمنه قيمته، وإن شاء أمسك الثوبَ وضمنه النقصان. وله: أن ^{أبي حنيفة} المالية وإن كانت معتبرة في الذات، فالآدمية غير مهدرة فيه، وفي الأطراف أيضاً، ^{غير مهدرة} ألا ترى أن عبداً لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء، وهذا من أحكام الآدمية؛ لأن موجبَ الجنابة على المال أن تباع رقبته فيها، ثم من أحكام الأولى: أن لا ينقسم على الأجزاء، ولا يتملك الجثة، ومن أحكام الثانية: أن ينقسم ^{والجثة} ^{المالية}

قطع إحدى: هذا جواب قياس الشافعي للمسألة. وفقاً لإحدى العينين: حتى يصير بمنزلة إتلاف الجنس. (الجنابة) ولهما: أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما. [الجنابة ٢٩٤] على الوجه إلخ: أي إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته. [الكفاية ٢٩٤/٩] وضمنه النقصان: أي نقصان الثوب بحسب التخريق. [البنية ٣٠٩/١٣] أن لا ينقسم [موجب الجنابة، وهو الضمان، أي لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس، والطرف الفائق. (الكفاية)] إلخ: ولهذا لا يتوزع كمال الدية على الفائق والباقي، بل يكون كله بإزاء الفائق بأن فاق عيني حر، فيجب كمال الدية، ولا يسقط من الفاق شيء لصفة الجثة. ولا يتملك الجثة: أي فاق العينين حين دفع كمال القيمة كما إذا فاق عين الحر. [الكفاية ٢٩٤/٩]

أن يقسم إلخ: كما إذا خرق ثوب غيره خرقاً فاحشاً، وضمنه المالك قيمة الثوب، فوفرنّا على الشبهين حظهما من الحكم، فقلنا: يحكم أنه وجب بجنابة على الآدمي لا يجب موزعاً، وبحكم أنه بدل مال لم يكن له أن يأخذ كل بدل العين مع إمساك العين، بل قيل له: من شرط استيفائك هذا الضمان أن تزيل الجثة عن ملكك؛ ليكون قولاً بالشبهين، وفيما قالوا: إلغاء لجانب الآدمية أصلاً، واعتبار الجانب المالية؛ لأن من حكم المال أن المالك بالخيار إن شاء سلم النفس، وأخذ كمال القيمة، وإن شاء أمسكها، ورجع بالنقصان كما في تخريق الثوب، وفيما قاله الشافعي رحمته: إلغاء لجانب المالية أصلاً، =

ويتملك الجثة، فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم.
المولى

فصل في جناية المدبر وأم الولد

قال: وإذا جنى المدبر أو أم الولد جنائياً: ضمن المولى الأقل من قيمته، ومن أرشها؛ لما روي عن أبي عبيدة رضي الله عنه أنه قضى بجناية المدبر على مولاه،* ولأنه صار مانعاً عن تسليمه في الجناية بالتدبير، أو الاستيلاء من غير اختياره الفداء، فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية، وهو لا يعلم. وإنما يجب الأقل من قيمته ومن الأرش؛

= واعتبار لجانب الآدمية لا غير، والقول الأوسط الأعدل ما قاله أبو حنيفة رضي الله عنه؛ لأن فيما تحاذى الشبهان كان القول بتوفير الشبهين أولى. [الكفاية ٢٩٤/٩]

الجثة: كما في تحريق الثوب. (البنية) في جناية إلخ: لما ذكر باب جناية المملوك، والجناية عليه قدم من هو أكمل في استحقاق اسم المملوكية، وهو العبد، ثم ذكر فصل من هو أخط رتبة منه في اسم المملوكية، وهو المدبر وأم الولد، غير أن أم الولد أخط رتبة أيضاً من المدبر في ذلك الاسم، حتى أن القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ، بخلاف المدبر وهي أثنى أيضاً، فالأنوثة والانحطاط في اسم المملوكية أوجباً تأخير ذكرها عن ذكر المدبر. (العناية) ضمن المولى إلخ: جناية المدبر على سيده في ماله دون عاقلته حالة. [العناية ٢٩٥/٩]

قيمه: أي قيمة كل منهما. عن تسليمه: أي تسليم كل واحد من المدبر وأم الولد. [البنية ٣١٢/١٣]

فصار كما إذا إلخ: أي قد عرفنا في صورة عدم العلم بالجناية أن التدبير مانع التسليم في حال وجود سبب وجوب التسليم، وهو الجناية، ولا دخل لوجود السبب في كون المانع، فيكون هذا المانع مانعاً قبل وجود السبب أيضاً؛ لاشتراكهما في كونهما مانعين من غير اختيار الفداء، فيجب الأقل من الأرش والقيمة كما في وجود التدبير بعد السبب مع عدم العلم به.

* رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه" حدثنا وكيع عن ابن أبي ذئب عن ابن محمد بن إبراهيم التيمي عن أبيه عن السلولي عن معاذ بن جبل عن أبي عبيدة بن الجراح قال: "جناية المدبر على مولاه". [رقم: ٧٣٧٦، ٢٦١/٢٦١]

باب جناية المدبر على من تكون وأخرج نحوه عن النخعي، والشعبي، وعمر بن عبد العزيز، والحسن رضي الله عنه أجمعين. [نصب الرأية ٣٨٩/٤]

لأنه لا حق لولي الجنابة في أكثر من الأرض، ولا منع من المولى في أكثر من القيمة، ولا تخيير بين الأقل والأكثر؛ لأنه لا يفيد في جنس واحد: لاختياره الأقل لا محالة، بخلاف القرن؛ لأن الرغبات صادقة في الأعيان، يفيد التخيير بين الدفع والفداء. وجنابات المدبر وإن توالى: لا توجب إلا قيمة واحدة؛ لأنه لا منع منه إلا في رقبة واحدة؛ ولأن دفع القيمة كدفع العبد، وذلك لا يتكرر، فهذا كذلك، ويتضاربون بالحصص فيها، وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجنابة عليه؛ لأن المنع في هذا الوقت يتحقق.

أكثر من القيمة: إذا كان الأرض أكثر من القيمة. ولا تخيير إلخ: هذا جواب عما يقال: ينبغي أن يخير المولى بين الأقل والأكثر كما أنه يخير في الضمن بين الدفع والفداء، والقيمة في المدبر بمنزلة الدفع، فقال: لا يخير بين الأقل والأكثر. (البنابة) فهذا كذلك: أي والمدبر كذلك في عدم التكرار، فكأن الجنابات منه اجتمعت ثم دبره. [البنابة ٣١٢/١٣]

ويتضاربون: قال الفقهاء: فلأن يضرب فيه بالثلث أي يأخذ منه شيئاً بحكم ملكه من الثلث. وتعتبر قيمته إلخ: حتى لو قتل إنساناً خطأ، وقيمه ألف درهم، فزادت قيمته حتى صارت ألفين، وقتل آخر بعد ذلك خطأ، ثم أصابه عيب، فرجعت قيمته إلى خمس مائة، ثم قتل آخر خطأ، فعلى مولاه ألفا درهم؛ لأنه جنى على الثاني، وقيمه ألفان، ولو لم يكن منه إلا تلك الجنابة لكان المولى ضامناً لقيمه ألفين، ثم ألف من هذين ألفين لولي القتل الأوسط خاصة؛ لأن ولي الأول إنما ثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه، وهي ألف درهم، ولا حق له في الألف الثانية، فيسلم ذلك لولي القتل الأوسط خاصة، وخمس مائة من الألف الأولى بين القتل الأول وبين الأوسط؛ لأنه لا حق في هذه الخمس مائة لولي القتل الثالث، وإنما حقه في قيمته يوم جنى على وليه، ويقسم هذه الخمس مائة بين الأوسط والأول، يضرب فيها للأول بعشرة آلاف، وللأوسط بتسعة آلاف؛ لأنه وصل إليه من حقه ألف، والخمس مائة الباقية بينهم جميعاً يضرب فيها للآخر بعشرة آلاف؛ لأنه ما وصل إليه شيء من حقه، وتضرب فيها للأول بعشرة آلاف إلا ما أخذ؛ لأنه وصل إليه من حقه مقدار المأخوذ، وكذلك الأوسط لا يضرب بما أخذ في المرتين، وإنما يضرب بما بقي من حقه، فيقسم الخمس مائة بينهم على ذلك. [الكفاية ٢٩٥/٩-٢٩٦]

قال: فإن جنى جنايةً أخرى، وقد دفع المولى القيمة إلى ولي الأولى بقضاء: فلا شيء ^{القدوري} عليه؛ لأنه مجبور **على الدفع**. قال: وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء: فالولي ^{المولى} بالخيار إن شاء أتبع المولى، وإن شاء أتبع وليّ الجناية، وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: لا شيء على المولى؛ لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودةً، فقد دفع كلّ الحق إلى مستحقه، وصار كما إذا دفع بالقضاء. ولأبي حنيفة رحمته الله: أن المولى جانٍ بدفع حقّ وليّ الجناية الثانية طوعاً، ووليّ الأولى ضامن بقبض حقه ظلماً، فيتخير؛ وهذا لأن الثانية مقارنة حكماً من وجه، ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى، ومتأخرة حكماً من حيث أنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها، فجعلت ^{عن الأولى} كالمقارنة في حق التضمين، لإبطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملاً بالشبهين. وإذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه إلا قيمة واحدة؛

فلا شيء عليه: لأنه ما لزمه أكثر من قيمة واحدة بجناياته. (العناية) **على الدفع**: فلم يبق عليه شيء. (البنابة) فالولي: أي ولي الجناية الثانية. (العناية) **أتبع ولي**: أي بنصف القيمة في ذمته، ثم يرجع المولى على الأول؛ لأنه تبين أنه استوفى منه زيادة على مقدار حقه. (العناية) **بالقضاء**: لأنه فعل نفسه عن ما يأمره القاضي لو رفع إليه، فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء كما في الرجوع في الهبة. [العناية ٢٩٦/٩]

بدفع: إلى ولي الجناية الأولى. **لإبطاله إلخ**: دليل وجب الضمان على اعتبار المقارنة، فإنه إذا كان مقارناً يكون مبطلاً حق ولي الجناية الثانية بالدفع إلى الأول. [الكفاية ٢٩٦/٩] **عملاً بالشبهين**: يعني لما علمنا بشبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب أن يعمل بشبهه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع، وقيل: جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين إذا دفع بغير قضاء؛ لأنه أبطل ما تعلق به حق الثاني، ولم تجعل كالمقارنة في حق التضمين إذا دفع بقضاء؛ لأنه مجبور بالدفع عملاً بشبهه المقارنة والتأخر. [العناية ٢٩٧/٩]

لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع، فصار وجودُ الإعتاق من بعد وعدمه بمنزلة،
 وأُمُّ الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا؛ لأن الاستيلادَ مانع من الدفع كالتدبير.
 وإذا أقرَّ المدبرُ بجنابة الخطأ: لم يَجْزُ إقراره، ولا يلزمه به شيء عتق، أو لم يعتق؛ لأن
 موجب جنابة الخطأ على سيده، وإقراره به لا ينفذ على السيد، والله أعلم.

كالتدبير: لأن المولى منع من تسليمهما بالاستيلاد السابق من غير اختيار. [البنابة ١٣/٣١٤]

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال: ومن قطع يدَ عبده، ثم غصبه رجلٌ ومات في يده من القطع: فعليه قيمته أقطع، وإن كان المولى قطع يده في يد الغاصب، فمات من ذلك في يد الغاصب: لا شيء عليه. والفرق: أن الغصب قاطع للسراية؛ لأنه سبب الملك كالباع،
الغصب

غصب العبد إلخ: لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه، وذكر حكم من يلحق به. [العناية ٢٩٧/٩] قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". [البنية ٣١٦/١٣] أن الغصب إلخ: يعني أن الغصب من أسباب الملك؛ لما عرف من مذهبنا أن المضمونات تملك عند أداء الضمان، فإذا تخلل الغصب بين الجناية والسراية تنقطع السراية كما تخلل بينهما بيع، وإذا انقطعت السراية صار كأنه غصب عبداً أقطع، ومات عنده لا من القطع، وأما إذا قطع المولى يده عند الغاصب صار مسترداً للعبد ضرورة الاستيلاء عليه عند القطع، ألا ترى أن المشتري لو قطع يد المبيع قبل القبض يصير قابضاً، وبعد الاسترداد لم يوجد ما يقطع السراية، فبرأ الغاصب عن الضمان. [الكفاية ٢٩٧/٩]

قاطع للسراية إلخ: هذا يخالف مذهبنا، فإن الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء، أو رضا؛ لأن السراية إنما تنقطع به باعتبار تبدل الملك، وإنما يتبدل الملك به إذا ملك البدل على الغاصب، أما قبله فلا نص عليه في آخر رهن الجامع، والباب الثاني من جنائياته، إلا أنه إنما ضمن الغاصب ههنا قيمة العبد أقطع؛ لأن السراية وإن لم تنقطع، فالغصب ورد على مال متقوم، فانهقد سبب الضمان، فلا يبرأ عنه الغاصب، إلا إذا ارتفع الغصب، ولم يرتفع؛ لأن الشيء إنما يرتفع بما فوقه، أو مثله، ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة، ويد المولى باعتبار السراية تثبت عليه حكماً لا حقيقة؛ لأن بعد الغصب لم يثبت يده على العبد حقيقة، والثابت حكماً دون الثابت حقيقة وحكماً، ولم يرتفع الغصب باتصال السراية إلى فعل للمولى، فتقرر الضمان، بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب. [الكفاية ٢٩٧/٩-٢٩٨]

سبب الملك: لأن المضمونات تملك عند أداء الضمان مستنداً إلى أول الغصب. [البنية ٣١٦/١٣] كالبيع: والبيع قاطع للسراية؛ لما ذكرنا في العتق أن بداية الجناية مخالفة لنهايتها، فاعتبار بداية الجناية يوجب أن يكون الأرض للبائع، واعتبار نهايتها يوجب أن يكون للمشتري، فيصير المستحق مجهولاً، =

فبصير كأنه هلك بأفة سماوية، فتجب قيمته أقطع، ولم يوجد القاطع في الفصل
العبد المصوب العبد
الثاني، فكانت السراية مضافةً إلى البداية، فصار المولى متلفاً، فيصير مسترداً كيف؟
من الغاصب أول الأمر
وأنه استولى عليه، وهو استرداد، فيبرأ الغاصب عن الضمان. قال: وإذا غصب العبدُ
المولى العبد أي الاستيلاء
المحجور عليه عبداً محجوراً عليه، فمات في يده: فهو ضامن؛ لأن المحجور عليه
مؤاخذ بأفعاله. قال: ومن غصب مدبراً، فجنى عنده جنايةً، ثم رده على المولى،
فجنى عنده جناية أخرى، فعلى المولى قيمته بينهما نصفان؛ لأن المولى بالتدبير
ولي الجنائين
السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختاراً للفداء، فيصير مبطلاً حقاً
للمولى
أولياء الجناية؛ إذ حقهم فيه، ولم يمنع إلا رقبة واحدة، فلا يزداد على قيمتها، وتكون
الرقبة قيمته
بين وليي الجنائتين نصفين؛ لاستوائهما في الموجب.

= فلماذا قلنا: بأن البيع قاطع للسراية، والغصب سبب الملك كالبيع، ويتأتى فيه ما ذكرنا من الجهالة، فإن
العبد لما مات في يد الغاصب، ووجب عليه الضمان صار العبد ملكاً له من وقت الغصب، فيكون ابتداء
الجناية في ملك المصوب منه، وانتهاؤها في ملك الغاصب. [الكفاية ٢٩٨/٩]
كيف: أي كيف لا يكون مسترداً. [البنية ٣١٦/١٣] قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية)
فهو ضامن: هذا إذا كان الغصب ظاهراً فيضمن في الحال يباع فيه؛ لأن أفعال العبد معتبرة، ولو كان
الغصب ظهر بإقراره لا يجب إلا بالعق، كذا قال الفقيه أبو الليث ﷺ. [البنية ٣١٧/١٣]
مؤاخذ بأفعاله: أي في حال رقه، بخلاف أقواله التي توجب المال، فإنه يؤاخذ بها بعد الحرية أما إذا أقر
بحد أو قصاص لزمه في الحال. [الكفاية ٢٩٨-٢٩٩] قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية)
أن يصير إلخ: فإن المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث من المدبر في المستقبل، فصار هذا بمنزلة إعتاق
العبد الجنائي من غير علم بجنائته، فإن فيه الأقل من قيمته، ومن الأرض، فكذا هذا. في الموجب: أي في المستحق
من الجناية. [البنية ٣١٧/١٣]

قال: ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب؛ لأنه استحق نصفَ البدل بسبب كان في يد الغاصب، فصار كما إذا استحق نصفَ العبد بهذا السبب. **قال:** ويدفعه إلى وليّ الجناية الأولى، ثم يرجع بذلك على الغاصب، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمته الله: يرجع بنصف قيمته، فيسلم له؛ لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوضٌ ما سلم لوليّ الجناية الأولى، فلا يدفعه إليه؛ كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل، والمبدل في ملك رجلٍ واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق. ولهما: أن حق الأول في جميع القيمة؛ لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد، وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني، فإذا وجد شيئاً من بدل العبد في يد المالك فارغاً حق الأول يأخذه ليطمّ حقه، فإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب؛ لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب. المولى

قال: أي محمد رحمته الله. (البناءة) بسبب إلخ: فصار كأنه لم يرد نصف العبد؛ لأن رد المستحق بسبب وجد عند الغاصب كلا رد. السبب: أي بسبب كان في يد الغاصب. **قال:** أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". [البناءة ٣١٨/١٣] ويدفعه: المولى، أي النصف المأخوذ من الغاصب. (العناية) بذلك: أي بالمدفوع إلى ولي الجناية الأولى. (العناية) وهذا: أي هذا الدفع الثاني، والرجوع الثاني. [العناية ٢٩٩/٩] يرجع: المولى على الغاصب. فيسلم له: [أي لا يدفعه إلى ولي الجناية الأولى. (العناية ٢٩٩/٩)] أي للمولى فلما سلم للمولى نصف القيمة الذي أخذه من الغاصب في المرة الأولى لا يرجع ثانياً على الغاصب. (النهاية) الاستحقاق: أي استحقاق ولي الجناية الأولى على المولى. ولهما أن إلخ: والجواب عن قول محمد رحمته الله: أن المولى ملك ما قبضه من الغاصب، ودفعه إلى ولي الجناية الأولى عوضاً عما أخذه ولي الجناية الثانية دون الأولى، فلا يجتمع البدل، والمبدل في ملك شخص واحد. [العناية ٢٩٩/٩] فارغاً: من غير مزاحمة ولي الجناية الثانية. (البناءة) يد الغاصب: لهذا رجع عليه ثانياً. [البناءة ٣١٨/١٣]

قال : وإن كان جنى عند المولى، فغصبه رجل، فجنى عنده جنابةً أخرى: فعلى المولى قيمته بينهما نصفان، ويرجع بنصف القيمة على الغاصب؛ لما بينا في الفصل الأول، غير أن استحقاق النصف حصل بالجنابة الثانية؛ إذ كانت هي في يد الغاصب، فيدفعه إلى ولي الجنابة الأولى، ولا يرجع به على الغاصب، وهذا بالإجماع. ثم وضع المسألة في العبد، فقال: ومن غصب عبداً، فجنى في يده، ثم رده، فجنى جنابةً أخرى: فإن المولى يدفعه إلى وليي الجنابتين، ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة، فيدفعه إلى الأول،

وإن كان إلخ: هذه المسألة عكس المسألة المتقدمة من حيث الوضع. [العناية ٣٠٠/٩] قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". [البنية ٣١٩/١٣] لما بينا: من أنه استحق عليه بسبب كان في يد الغاصب. الفصل الأول: أي فيما إذا جنى المدبر في يد الغاصب ثم في يد المولى. [البنية ٣١٩/١٣] غير أن إلخ: ذكر هذا لبيان الفرق، فإنه يدفع هذا النصف الذي أخذه من الغاصب إلى ولي الجنابة الأولى بالاتفاق، وكان لا يدفعه إليه عند محمد ﷺ في المسألة الأولى لأدائه إلى الجمع بين البدل والمبدل، وأما ههنا لو دفع إلى ولي الجنابة الأولى لا يؤدي إلى الجمع بين البدل والمبدل؛ لأنه لما كانت الجنابة الأولى عند المولى كان ما أخذه المولى من الغاصب بدلاً عما دفع إلى ولي الجنابة الثانية؛ لأن الموجود عند الغاصب الجنابة الثانية دون الأولى، فلو دفع ذلك إلى ولي الجنابة الأولى لا يؤدي إلى الجمع بين البدل والمبدل، فيدفع؛ لأن حق ولي الجنابة الأولى كان في كل قيمة للمدبر؛ لأن المدبر كان فارغاً وقت الجنابة الأولى عن مزاحمة الثانية. [الكفاية ٣٠٠/٩] وهذا بالإجماع: أما عندهما فظاهراً؛ لما بينا، وأما عند محمد ﷺ؛ فلأنه امتنع الدفع إلى ولي الجنابة الأولى في المسألة الأولى؛ كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد على ما بينا، وههنا لا يلزم ذلك؛ لأن ما أخذه من الغاصب عوض ما دفع إلى ولي الجنابة الثانية، فإذا دفعه إلى الأولى لا يجتمع البدلان في ملك واحد، وفي الأول يجتمع؛ لأنه عوض ما أخذه هو بنفسه، ثم إذا دفعه إلى ولي الأولى لا يرجع به على الغاصب بالإجماع. ثم وضع: أي محمد ﷺ هذه المسألة في "الجامع الصغير" في العبد فقال: القن بعد ما وضعها في حق المدبر. [البنية ٣١٩/١٣]

ويرجع به على الغاصب، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمته الله: يرجع بنصف القيمة، فيسلم له، وإن جنى عند المولى، ثم غصبه، فجنى في يده: دفعه المولى نصفين، ويرجع بنصف قيمته، فيدفعه إلى الأول، ولا يرجع به، والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا، إلا أن في هذا الفصل يدفع المولى العبد، وفي الأول يدفع القيمة. قال: ومن غضب مدبراً، فجنى عنده جناية، ثم رده على المولى، ثم غصبه، ثم جنى عنده جناية، فعلى المولى قيمته بينهما نصفان؛ لأنه منع رقبة واحدة بالتدبير، فتجب عليه قيمة واحدة. ثم يرجع بقيمته على الغاصب؛ لأن الجنايتين كانت في يد الغاصب، فيدفع نصفها إلى الأول؛ لأنه استحق كل القيمة؛ لأن عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره، وإنما انتقص بحكم المزاحمة من بعد. قال: ويرجع به على الغاصب؛ لأن الاستحقاق بسبب كان في يده، ويسلم له، ولا يدفعه إلى ولي الجناية الأولى، ولا إلى ولي الجناية الثانية؛ لأنه لا حق له إلا في النصف لسبق حق الأول، وقد وصل ذلك إليه،

ويرجع به: أي بذلك النصف الذي أعطى إلى ولي الجناية الأولى. (النهاية) فيسلم له: أي لا يرجع ثانياً. يدفع القيمة: لأنه لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك، وفي العبد يدفع نفس العبد لعدم المانع. (البناءة) قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". (البناءة) فيدفع نصفها: أي نصف القيمة إلى ولي الجناية الأولى. (البناءة) قال: أي محمد رحمته الله. [البناءة ١٣/٣٢٠] ويرجع به: أي بالنصف الذي دفعه ثانياً إلى ولي الجناية الأولى. لأن الاستحقاق: إذ استحقاق الأول هذا النصف ثانياً بسبب كان في يد الغاصب. ولا يدفعه: أي ما يؤخذ من الغاصب ثانياً.

ثم قيل: هذه المسألة على الاختلاف كالأولى، وقيل: على الاتفاق. والفرق
 كالمسألة الأولى
 لمحمد ﷺ: أن في الأولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجنابة الأولى؛ لأن
 الجنابة الثانية كانت في يد المالك، فلو دفع إليه ثانياً: يتكرر الاستحقاق، أما في
 هذه المسألة: فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجنابة الثانية؛ لحصولها في يد الغاصب،
 الجنابة الثانية
 فلا يؤدي إلى ما ذكرناه.

ثم قيل: إلخ: يعني قال بعض المشايخ في هذه المسألة خلاف محمد أيضاً كما في المسألة الأولى، حتى يسلم للمولى
 ما يرجع به من القيمة على الغاصب، ولا يأخذ ولي الجنابة الأولى ما بقي من حقه، وقيل على الاتفاق، ويأخذ
 ولي الجنابة الأولى تمام حقه، وهو نصف القيمة من المولى إذا رجع على الغاصب، قيل: وهذا هو الصحيح؛ لأن
 محمداً ﷺ ذكر هذه المسألة في "الجامع الصغير" بلا خلاف، وكذا ذكره فخر الإسلام ﷺ في: شرح "الجامع
 الصغير"، فعلى هذا يحتاج محمد ﷺ إلى الفرق بين هاتين المسألتين، وقد ذكره الكتاب، لكن في قوله: فأما في
 هذه المسألة، فيمكن إلخ، فيه نظر فإن الجنابة الثانية وإن حصلت في يد الغاصب، لكن أخذ المولى منه حقه أول
 مرة، ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل للمأخوذ من الغاصب ثانياً في مقابلة ما أخذه. [العناية ٣٠١/٩]
 المسألة: أي الدفع إلى ولي الجنابة الأولى. [الكفاية ٣٠١/٩] يرجع به: أي المولى على الغاصب.
 أن يجعل إلخ: يعني ما دفع المولى ثانياً إلى ولي الجنابة الأولى من النصف الذي يرجع به المولى ثانياً على
 الغاصب يمكن أن يجعل عوضاً عما سلم لولي الجنابة الثانية، وما بقي في يده من ذلك عوض عما سلم
 لولي الجنابة الأولى، فلا يلزم اجتماع البذل والمبدل في ملك واحد كذا في "الكفاية"، فحق ولي الجنابة
 الثانية في النصف، وأخذه هو من المولى، وهو أخذه عوضاً من الغاصب، وحق ولي الجنابة الأولى كل
 القيمة، وأخذه هو من المولى، وأخذه المولى من الغاصب.

فلا يؤدي إلخ: أي إذا أمكن أن يجعل عوضاً عن الجنابة الثانية، فلا يجتمع البذل والمبدل في ملك رجل
 واحد؛ لأن عوض الجنابة الثانية غير عوض عن الجنابة الأولى، فلا يؤدي إلى الاجتماع، فافترقا من هذا
 الوجه؛ لأن الجنابتين ههنا وجدتا في يد الغاصب، وفي المسألة الأولى وجدت الجنابة الأولى في يد المالك،
 فلا يمكن أن يجعل عوضاً عن الجنابة الثانية. (النهاية)

قال: ومن غضب صبيّاً حرّاً، فمات في يده فجأة، أو بحمى: فليس عليه شيء، وإن مات من صاعقة، أو نيسة حيّة: فعلى عاقلة الغاصب الدية، وهذا استحسان، والقياس: أن لا يضمن في الوجهين، وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله؛ لأن الغضب في الحرّ لا يتحقق، ألا يرى أنه لو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن مع أنه حرّ يداً، فإذا كان الصغير حرّاً ربة يداً أولى. وجه الاستحسان: أنه لا يضمن بالغضب، ولكن يضمن بالإتلاف، وهذا إتلاف تسبيياً؛ لأنه نقله إلى أرض مَسْبَعَةٍ، أو إلى مكان الصواعق؛ وهذا لأن الصواعق والحيّات والسباع لا تكون في كل مكان، فإذا نقله فإنه لا يضمن إليه، وهو متعدّد فيه، وقد أزال حفظ الولي، فيضاف إليه؛ بأن لا يضمن الغاصب كونه إتلافًا الغاصب النقل الغاصب

قال: أي محمد رحمهما الله في "الجامع الصغير". (البنية) ومن غضب: أي ذهب به بغير إذن وليه، فيكون ذكر الغضب في هذا الموضع بطريق المشاكلة، وهو أن يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في زمنه. [البنية ٣٢١/١٣] صبيّاً: يريد به صبيّاً لا يعبر به عن نفسه؛ لأنه إذا كان يعبر عن نفسه يعارضه بلسانه، فلا يثبت يده حكماً، وههنا قد صار في يده، فلا يعارضه بيده ولسانه كذا في "الأسرار". [الكفاية ٣٠١/٩] تسبيياً: أي من حيث السببية. (البنية) مسبعة: أي إلى أرض تأوي إليها السباع. [البنية ٣٢١/١٣] مكان الصواعق: أي إلى مكان تنزل فيه الصواعق عادة. [البنية ٣٢١/١٣] نقله إليه: أي إلى موضع تكون فيه الأشياء المذكورة. [البنية ٣٢٢/١٣] وقد أزال حفظ إلخ: إشارة إلى الجواب عن المكاتب الصغير، فإن الكتابة إذا صحت تثبت للمكاتب يد، فيكون في يد نفسه، صغيراً كان أو كبيراً، بخلاف الصغير الحر، فإنه في يد الولي، ألا ترى أن المكاتب الصغير لا يزوجه أحد، والصغير الحر يزوجه وليه، فعرفنا أن المكاتب الصغير بمنزلة الحر الكبير، وفيه لا يضمن، فكذا هنا، وأما حكم الحر الكبير، فإنه إذا غضبه إنسان، ونقله إلى مكان، فأصابه شيء من هذه العوارض ينظر إن قيد الغاصب حتى أصابه، ولم يمكن التحرز عنه يضمن؛ لأن المغصوب حذر عن حفظ نفسه بما صنع فيه، فيجب الضمان على الغاصب، =

لأن شرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كان تعدياً كالحفر في الطريق، بخلاف الموت فجاعة، أو بحمي؛ لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن، حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحمى والأمراض نقول: بأنه يضمن فتحب الدية على العاقلة؛ لكونه قتلاً تسبياً. قال: وإذا أودع صبيٌ عبداً فقتله: فعلى عاقلته الدية، وإن أودع طعاماً لا مباشرة فأكله: لم يضمن، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما، وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما: يضمن في الوجهين جميعاً، وعلى هذا إذا أودع العبد المحجور عليه مالاً، فاستهلكه لا يؤخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما، ويؤخذ به بعد العتق. وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما: يؤخذ به في الحال، وعلى هذا الخلاف الإقراض، والإعارة في العبد والصبي. وقال محمد رحمهما في أصل "الجامع الصغير": صبي قد عقل، وفي "الجامع الكبير": وضع المسألة في صبي ابن اثني عشرة سنة،

= وإن لم يمنعه عن حفظ نفسه لا يضمن؛ لأن البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه مع إمكانه كان التلف مضافاً إلى تقصيره لا إلى الغاصب، فلا يضمن كالماشي إذا علم بالبئر، ومشى كذلك حتى وقع في البئر لم يضمن الحافر شيئاً، بخلاف الصغير، فإنه عاجز عن حفظ نفسه عن أسباب التلف كالماشي على البئر إذا لم يعلم البئر كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمهما. [الكفاية ٣٠٢/٩]

الطريق: يضاف سقوط رجل فيه إلى الحافر، وإن كان غلة السقوط ثقله؛ لأن الحفر في الطريق شرط وتعد. قال: أي محمد رحمهما في "الجامع الصغير". [البناءة ٣٢٢/١٣] فعلى عاقلته الدية: أراد به القيمة، وآثر لفظ الدية؛ لأنها بإزاء الآدمية والقيمة بإزاء المالية، والواجب في العبد بإزاء الآدمية عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما. [الكفاية ٣٠٢/٩] الخلاف: أي بين الطرفين وأبي يوسف. الإقراض: أي الإقراض والإعارة كالإيداع فيهما أي في العبد والصبي. (مجمع الأقر)

وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق؛ لأن التسليط غير معتبر، وفعله معتبر. لهما: أنه أتلف مالا متقوماً معصوماً حقاً للمالك، فيجب عليه الضمان كما إذا كانت الوديعة عبداً، وكما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع. ولأبي حنيفة ^{عند الصبي} ومحمد ^{رحمهما}: أنه أتلف مالا غير معصوم، فلا يجب الضمان كما إذا أتلفه بإذنه، ^{صاحب المال} ورضاه؛ وهذا لأن العصمة تثبت حقاً ^{للمالك} له، وقد فوّتها على نفسه حيث وضع المال في يد مائعة، فلا يبقى مستحقاً للنظر ^{للشفقة} إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ، ولا إقامة ههنا؛ لأنه لا ولاية له على الصبي، ولا للصبي على نفسه، ^{المالك}

يضمن بالاتفاق: يساعد فيه فخر الإسلام حيث ذكره في شرح "الجامع الصغير" هكذا، وأما في غيره من شرح "الجامع الصغير" لصدر الإسلام، وقاضي خان والتمرتاشي، فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيها: هذا الخلاف فيما إذا كان الصبي عاقلاً، وإن لم يكن عاقلاً، فلا يضمن في قولهم جميعاً. (العناية) لأن التسليط إلخ: أي لأن تسليط الصبي غير العاقل هدر، وفعله معتبر، فيؤاخذ به. [البنية ٣٢٣/١٣] إذا أتلفه إلخ: يعني أنه يضمن المتلف، ولو كان التسليط على الاستهلاك ثابتاً في حق الصبي المودع، ويثبت في حق غيره أيضاً؛ لأن المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح، فكل من أتلفه لا يجب الضمان عليه، ومعنى التسليط تحويل يده في المال إليه. [العناية ٣٠٢/٩]

مالاً غير معصوم: لأنه سلطه على الإتلاف. (البنية) وهذا: أي عدم وجوب الضمان. [البنية ٣٢٤/١٣] تثبت حقاً له: يعني أن المال غير العبد ليس بمعصوم لنفسه، بل معصوم لحق المالك، وقد فوت العصمة على نفسه حيث وضع ماله في يد الصبي، بخلاف العبد، فإن عصمته لحق نفسه؛ إذ هو مبقي على أصل الحرية في حق الدم، فلهاذا قلنا: بضمان العاقلة قيمة العبد. (بجمع الأحرار) حيث وضع المال إلخ: وعادة الصبيان إتلاف المال لقلّة نظرهم في عواقب الأمور، فهو لما مكّنه من ذلك مع علمه بحاله، صار كالإذن له في الإتلاف. مائعة: أي من الإيداع والإعارة في أنه لا ولاية له عليه. [الكفاية ٣٠٢-٣٠٣]

فلا يبقى مستحقاً إلخ: لأنه أوقع ماله في يد يمنع يد غيره عليه باختياره. [البنية ٣٢٤/١٣]

بخلاف البالغ والمأذون له؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما، وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبداً؛ لأن عصمته ^{في التجارة} لحقه؛ إذ هو مبقى على أصل الحرية في حق الدم، وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي؛ لأنه سقطت العصمة بالإضافة إلى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره. قال: وإن استهلك مالا: ^{الصبي}

البالغ والمأذون له: يعني لو أتلفا بضمان بالإجماع؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما، فيصح الإيداع عندهما، وبعد صحة الإيداع لو أتلّف المودع الوديعة يضمن. (الكفاية) وبخلاف إلخ: حيث يضمن الصبي المودع. (الكفاية) عصمته: فإثبات اليد على دمه باطل. لحقه: أي لحق العبد لا باعتبار أن المالك يعصمه؛ لأن عصمة المالك إنما يعتبر فيما له ولاية استهلاك، حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط، وليست للمولى ولاية استهلاك عبده، فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك، فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك، سواء كان المستهلك صغيراً أو كبيراً، بخلاف سائر الأموال، فإن للمالك أن يستهلكها، فيجوز له تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط. [الكفاية ٣٠٣/٩]

سقطت العصمة إلخ: أي المالك بالإيداع عند الصبي إنما أسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان؛ لأن التسليط إنما وجد في حق الصبي لا في حق غيره، فصار مال الوديعة ههنا بمنزلة من وجب عليه القصاص في حق دمه، فإنه غير معصوم الدم في حق من له القصاص، ومعصوم الدم في حق غيره كما كان، فإن قيل: لو كان الإيداع من الصبي تسليطاً له على الإتلاف يضمن الأب مال الوديعة بتسليمه إلى ابنه الصغير؛ ليحفظها؛ لأن التسليم إليه تضييع على هذا التقدير، والمودع يضمن بالتضييع، ومع ذلك لا يضمن ههنا، فعرفنا أنه ليس بتسليط على الإتلاف، وكذا الأب إذا دفع مال الصبي إليه لا يضمن إذا تلف في يده، ولو كان تضييعاً لذلك بالتسليط يضمن، قلنا: إنما لم يضمن الأب فيهما؛ لأن يد من في عيال المودع إذا كان أهلاً لحفظ الوديعة كيد المودع، ألا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيد مثله، فكذلك يحفظ مال غيره بيده، فكانت يد الصبي كيد الأب من هذا الوجه، ولو هلك الوديعة في يد الأب لم يضمن، فكذا إذا كان في يده حكماً. [الكفاية ٣٠٣/٩-٣٠٤]

قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". [البناءة ٣٢٤/١٣]

ضمن، يريد به من غير إيداع؛ لأن الصبي يؤخذ بأفعاله، وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد، والله أعلم بالصواب.

وصحة القصد: هذا كأنه جواب عما يقال: إن الصبي ليس له قصد صحيح، فكان ينبغي أن لا يضمن، فقال: لا اعتبار لصحة القصد في حق العباد، ألا ترى أن البالغ أيضاً إذا استهلك مالا لإنسان فيضمن، سواء كان له قصد صحيح في ذلك أو لم يكن، فعلى أي وجه كان يلزمه الضمان. [البنية ١٣/٣٢٥]

باب القسامة

قال: وإذا وجد القتل في محلة، ولا يُعلم من قتله استحلف خمسون رجلاً منهم القُدوري يتخيرهم الوليُّ: بالله ما قتلناه، ولا علمنا له قاتلاً، وقال الشافعي رحمته: إذا كان هناك لوث استحلف الأولياءُ أولياء المقتول خمسين يميناً، ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه، عمداً كانت الدعوى أو خطأ، وقال مالك رحمته: يقضى بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد، وهو أحد قولي الشافعي رحمته، واللوث عندهما: أن يكون هناك علامةُ القتل على واحد بعينه، أو ظاهر يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة، أو شهادة كالدَّم عدل، أو جماعة غير عدول: أن أهل المحلة قتلوه، وإن لم يكن الظاهر شاهداً له، المدعي

باب القسامة: لما كان أمر القتل في بعض الأحوال يؤل إلى القسامة، ذكرها في آخر الديات في باب على حدة، وهي في اللغة: اسم وضع موضع الأقسام، وفي الشرع: إيمان يقسم بها أهل محلة، أو دار وجد فيها قتل به أثر يقول كل واحد منهم: بالله ما قتلته، ولا علمت له قاتلاً، وسببها: وجود القتل فيما ذكرنا، وركنها: إجراء اليمين على لسانه، وشرطها: بلوغ المقسم، وعقله، وحرية، ووجود أثر القتل في الميت، وتكميل اليمين خمسين، وحكمها: القضاء بوجوب الدية إن حلفوا، والحبس إلى الحلف إن أبوا إذا ادعى الولي العمد، بالدية عند النكول إن ادعى الخطأ، ومحاسنها: تعظيم خطر الدماء، وصيانتها عن الإهدار، وخلاص من المتهم بالقتل عن القصاص، ودليل شرعيتها الأحاديث المذكورة على ما سيأتي. [العناية ٣٠٤/٩]

يتخيرهم: أي يختار من القوم من يحلفهم. (العناية) بالله ما قتلناه إلخ: هذا على طريق الحكاية عن الجميع، وأما عند الحلف: فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلته، ولا يحلف بالله ما قتلنا؛ لجواز أن يكون باشر القتل بنفسه، فيجري على لسانه بالله ما قتلنا. [الكفاية ٣٠٤-٣٠٥] لوث إلخ: من لوث للماء كدره. (النهاية) وهو قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي بأن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه كالدَّم. [الكفاية ٣٠٥/٩] المدعى عليه: أي إن حلفوا يقضى بالدية على المدعى عليه.

فمذهبه مثل مذهبننا، غير أنه لا يكرر اليمين، بل يردّها على الولي، فإن حلفوا ^{أهل محلة} لا دية عليهم، للشافعي في البدأة بيمين الولي، قوله عليه السلام: للأولياء: "فَيُقْسَمُ أولياء المقتول" * ولأن اليمين تجب على من يشهده له الظاهر، ولهذا تجب على صاحب اليد، فإذا كان الظاهر شاهداً للولي يبدأ بيمينه، ورد اليمين على المدعي أصل له كما في النكول، غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة، ^{الشافعي} على الصلح

فأذهبنا: أي في بداية يمين المدعي عليه غير أنه إن لم يكمل أهل المحلة خمسين لا يكرر اليمين عليهم، بل يرد على الأولياء كما في النكول عنده، فالاختلاف في موضعين في تحليف المدعي أولاً، وفي براءة أهل المحلة باليمين، فالخلاص: أنه إذا وجد ظاهر يشهد للمدعي عند الشافعي عليه السلام يحلف المدعي، فإن حلف أنهم قتلوه خطأ، فله الدية، وإن حلف أنهم قتلوه عمداً، فعليهم القصاص في قول، والدية في قول، فإن نكل المدعي عن اليمين حلف المدعي عليهم، فإن حلفوا برؤا ولا شيء عليهم، وإن نكلوا، فعليهم القصاص في قول، والدية في قول، وإن لم يكن الظاهر شاهداً للمدعي عليه حلف أهل المحلة على ما قلنا. [الكفاية ٣٠٥/٩]

الولي: إذا كان الظاهر شاهداً له. تجب إلخ: يعني كما في سائر الدعاوي، فإن الظاهر يشهد للمدعي عليه؛ لأن الأصل براءة ذمته، فأما في القسامة، فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث، فتكون اليمين حجة له. [العناية ٣٠٥/٩] في النكول: يعني إذا نكل المدعي عليه عن اليمين رد على المدعي. [البنية ٣٢٩/١٣]

هذه: أشار به إلى الدعوى التي هنا. (البنية)

* أخرجه الأئمة الستة في كتبهم. [نصب الراية ٣٨٩/٤] أخرجه البخاري في "صحيحه" عن سهل بن أبي حثمة، قال: خرج عبد الله بن سهل بن زيد ومحبيصة بن مسعود بن زيد حتى إذا كانا بخير تفرقا في بعض ما هنالك، ثم إذا محبيصة يجد عبد الله بن سهل قتيلاً فدفنه، ثم أقبل إلى رسول الله ﷺ هو وحويصة بن مسعود وعبد الرحمن بن سهل، وكان أصغر القوم، فذهب عبد الرحمن ليتكلم قبل صاحبيه، فقال له رسول الله ﷺ: "كبر الكبر في السن"، فصمت فتكلم صاحباه وتكلم معهما، فذكروا لرسول الله ﷺ مقتل عبد الله بن سهل، فقال لهم: "أتخلفون خمسين يمينا فتستحقون صاحبكم أو قاتلكم"، قالوا: وكيف نخلف ولم نشهد؟ قال: "فتريكم يهود بخمسين يمينا"، قالوا: وكيف نقبل أيمان قوم كفار، فلما رأى ذلك رسول الله ﷺ أعطى عقله. [رقم: ٣١٧٣، باب المواعدة والمصالحة مع المشركين بالمال وغيره]

والقصاصُ لا يجامعها، والمال يجب معها، فلهذا وجبت الدية. ولنا قوله ﷺ: البينة على المدعي، واليمين على من أنكر،* وفي رواية: "على المدعى عليه"، وروى سعيد بن المسيب: أن النبي ﷺ بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم؛ لوجود القتل بين أظهرهم،**
 وهم أهل القلب

لا يجامعها: أي لا يثبت القصاص مع الشبهة. [البنية ٣٢٩/١٣] بدأ: وكلفهم قسامة خمسين. أظهرهم: لفظ أظهرهم مقحم، والمقصود بينهم.

* أخرجه الترمذي عن محمد بن عبيد الله عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدم أن النبي ﷺ قال في خطبته: "البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه". وقال: هذا حديث في إسناذه مقال، ومحمد بن عبيد الله العرزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه ضعفه ابن المبارك وغيره. [رقم: ١٣٤١، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه] قلت: شطر الحديث في الكتب الستة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ولكنه مفرق، ففي لفظ مسلم: "ولكن اليمين على المدعى عليه"، وفي لفظ الباقرين: أن النبي ﷺ قضى أن اليمين على المدعى عليه، وبهذا يعلم أن وظيفة المدعى عليه اليمين، وليست هي وظيفة المدعي، وبهذا يقوي حديث الترمذي رحمه الله. [البنية ٤١٢/١٢ - ٤١٣]

** رواه عبد الرزاق في "مصنفه" أخبرنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال: كانت القسامة في الجاهلية فأقرها النبي ﷺ في قتل من الأنصار وجد مقتولاً في جب اليهود، قال: فبدأ رسول الله ﷺ باليهود، فكلفهم قسامة خمسين، فقالت اليهود: لن نخلف، فقال رسول الله ﷺ: للأنصار: أتحلفون، فأبت الأنصار أن تحلف، فأغرم رسول الله ﷺ اليهود دية؛ لأنه قتل بين أظهرهم. [رقم: ١٨٢٥٢، ٢٧/١٠، باب القسامة] ومن أحاديث الباب: ما أخرجه البخاري في "صحيحه"، وفيه: أن رسول الله ﷺ دخل عليه نفر من الأنصار فتحدثوا عنده، فخرج رجل منهم بين أيديهم فقتل، فخرجوا بعده فإذا هم بصاحبهم يتشحط في الدم، فرجعوا إلى رسول الله ﷺ، فقالوا: يا رسول الله! صاحبنا كان تحدث معنا فخرج بين أيدينا فإذا نحن به يتشحط في الدم، فخرج رسول الله ﷺ فقال: "بمن تظنون أو من ترون قتله؟ قالوا: نرى أن اليهود قتله، فأرسل إلى اليهود فدعاهم، فقال: أنتم قتلتم هذا؟ قالوا: لا، قال "أترضون نفل خمسين من اليهود ما قتلوه؟ فقالوا: ما يبالون أن يقتلونا أجمعين ثم يتفلون، قال: أفتستحقون الدية بأيمان خمسين منكم؟ قالوا: ما كنا لنحلف فوداه من عنده. [رقم: ٦٨٩٩، باب القسامة]

ولأن اليمين حجةٌ للدفع دون الاستحقاق، وحاجةُ الولي إلى الاستحقاق،
ولهذا لا يستحق يمينه المالُ المبتذل، فأولى أن لا يستحق به النفسَ المحترمة،
وقوله: "يتخيرهم الوليُّ إشارةً إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الولي؛ لأن اليمين
حقه، والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل، أو يختار صاحبي أهل المحلة؛ لما أن
تحرَّزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز، فيظهر القاتل، وفائدة اليمين النكولُ،
فإن كانوا لا يباشرون ويعلمون: يفيد يمينُ الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد
يمينُ الطالح، ولو اختاروا أعمى، أو محدوداً في قذف: جاز؛ لأنه يمين، وليس
بشهادة. قال: فإذا حلفوا: قضى على أهل المحلة بالدية، ولا يُستحلف الوليُّ،
وقال الشافعي رحمته الله: لا تجب الدية؛ لقوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل رضي الله عنه:

ولهذا: أي ولكون حاجة الولي إلى الاستحقاق. (البنية) لا يستحق إلخ: جواب عن أحد قولَي الشافعي رحمته الله،
وهو قول مالك رحمته الله: إنه يجب القصاص بيمينه، وكذلك على قوله الآخر، فإنه يقول: يستحق بيمينه
النفس، إلا أن القصاص يسقط باعتبار الشبهة، فيصار إلى الدية بدلاً عن القصاص. [الكفاية ٣٠٦/٩ - ٣٠٧]
من يتهمه بالقتل: مثل الفسقة والشبان؛ لأن همة القتل فيهم أكثر. [البنية ٣٣١/١٣]
يمين الصالح إلخ: لأن صاحبي أهل المحلة إذا علموا القاتل منهم أظهروه ولم يحلفوا. [الكفاية ٣٠٧/٩]
وليس بشهادة: يحرز بهذا التعليل عن اللعان؛ لأنه شهادة، والأعمى والمحدود في القذف ليسا من أهل
الشهادة. (الكفاية) على أهل المحلة: أي على عاقلة أهل المحلة، وفي "المبسوط": إنما يقضى بالدية على
عاقلة أهل المحلة في ثلاث سنين؛ لأن حالمهم هذا دون حال من باشر القتل خطأ، وإذا كانت الدية هناك
على عاقلته في ثلاث سنين، فهنا أولى. [الكفاية ٣٠٧/٩ - ٣٠٨] لا تجب الدية: إذا حلف المدعي
عليه، وبه قال مالك وأحمد وأبو الليث وأبو ثور رحمهم الله. [البنية ٣٣٢/١٣]

"تبرئكم اليهودُ بأيمانها"، * ولأن اليمين عهدت في الشرع مبرئاً للمدعى عليه لا ملزماً كما في سائر الدعاوي. ولنا: أن النبي ﷺ جمع بين الدية والقسامة في حديث سهل، وفي حديث زياد بن أبي مریم، ** وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة، *** وقوله ﷺ: "تبرئكم اليهودُ" محمول على الإبراء عن القصاص والحبس، وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين، والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا، وهو القصاص

تبرئكم اليهود: أي جعلكم اليهود برئاً بأيمانهم كأهم إذا حلفوا حصل لهم البراءة منكم، فكأنهم جعلوكم قائلين: برأت إليكم. وادعة: قبيلة من همدان. [العناية ٣٠٨/٩ - ٣١٠]

* تقدم ذلك في حديث ابن سهل رواه الجماعة الستة. [نصب الرأية ٣٩٣/٤]

** حديث ابن سهل ليس فيه الجمع بين الدية والقسامة، وحديث ابن زياد غريب، وروى البزار في "مسنده" حدثنا أبو كريب ثنا يونس بن بكير ثنا عبد الرحمن بن يامين عن محمد بن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبيه، قال: كانت القسامة في الدم يوم خيبر، وذلك أن رجلاً من الأنصار من أصحاب النبي ﷺ فقد تحت الليل، فجاءت الأنصار، فقالوا: إن أصحابنا يتشحط في دمه، فقال: "أتعرفون قاتله؟" قالوا: لا، إلا أن اليهود قتلته، فقال رسول الله ﷺ: "اختاروا منهم خمسين رجلاً، فيحلفون بالله جهد أيمانهم، ثم خذوا الدية منهم"، ففعلوا. وقال: هذا حديث لا نعلمه يروى عن عبد الرحمن بن عوف، إلا بهذا الإسناد، ولم نسمعه إلا من أبي كريب، وعبد الرحمن بن يامين هذا، فقد روى عنه يونس بن بكير، وعبد الحميد بن عبد الرحمن بن يحيى الحماني. [نصب الرأية ٣٩٣/٤ - ٣٩٤]

*** أخرجه عبد الرزاق في "مصنفه" أخبرنا الثوري عن مجالد بن سعيد، وسليمان الشيباني عن الشعبي أن قتيلاً وجد بين وادعة وشاكر، فأمرهم عمر أن يقسموا ما بينهما، فوجدوه إلى وادعة أقرب، فأحلفهم عمر خمسين يميناً، كل رجل منهم: ما قتل ولا علمت قاتلاً، ثم أغرمهم الدية، قال الثوري: وأخبرني منصور عن الحكم عن الحارث بن الأزعم أنه قال: يا أمير المؤمنين! لا أيماننا دفعت عن أموالنا، ولا أموالنا دفعت عن أيماننا، فقال عمر: كذلك الحق. [رقم: ١٠، ٣٥/١٨٢٦٦، باب القسامة]

بل شرعت ليظهر القصاص بتحزّزهم عن اليمين الكاذبة، فيقرّوا بالقتل، فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص، ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً؛ لوجود القتل بين أظهرهم لا بنكولهم، أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في قتل الخطأ. ومن أبي منهم اليمين: حُبس حتى يحلف؛ لأن اليمين فيه مستحقة لذاها تعظيماً لأمر الدم، ولهذا يجمع بينه وبين الدية، بخلاف النكول في الأموال؛ لأن اليمين بدل عن أصل حقه، ولهذا يسقط ببذل المدعي، وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الوليُّ القتل على جميع أهل المحلة، وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم، والدعوى في العمد أو الخطأ؛ لأنهم لا يتميزون عن الباقي، ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه عمداً أو خطأ، فكذلك الجواب يدلُّ عليه إطلاق الجواب في الكتاب،

قتل الخطأ: هذا جواب آخر عن حديث الخصم، وقد قررناه عن قريب. (البنية) فإنه يجب الدية خطأ بالتقصير في المحافظة. ومن أبي منهم: ومن امتنع عن اليمين من الخمسين الذي اختارهم الولي. (البنية) الأموال: حيث لا يحبس فيها. ولهذا: أي ولكون أصل حقه في المال. (البنية) وفيما نحن فيه: أي في القتل الذي وجد في المحلة. ببذل الدية: بل تجب اليمين المكررة. [البنية ١٣/٣٣٤]

هذا الذي ذكرنا: أي من وجوب القسامة والدية. (البنية) ولو ادعى على إلخ: إلى آخر قوله: فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى، هكذا في بعض النسخ، واختاره صاحب "العناية"، وفي بعض النسخ: ولو ادعى على البعض بأعيانهم سنذكره من بعد إن شاء الله تعالى، انتهى، واختاره صاحب "الكفاية"، وقال: إن هذه نسخة متقنة، ولكن يرد عليه أنه وعد بيانه ههنا، ثم في الموضع الذي وعد بيانه فيه، وقال: وقد ذكرنا فيه القياس والاستحسان، فتدبر.

في الكتاب: أي في كتاب القدوري أشار به إلى ما ذكره بقوله: وإذا وجد القتل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلاً منهم إلخ. [العناية ٩/٣١٠]

وهكذا الجواب في "المبسوط". وعن أبي يوسف رحمته الله في غير رواية الأصول: أن في القياس تسقط القسامة، والدية عن الباقي من أهل المحلة، ويقال للولي: ألك بينة؟ فإن قال: لا، يُستحلف المدعى عليه على قتله يميناً واحدة. ووجهه: أن القياس يأباه؛ الحلف لاحتتمال وجود القتل من غيرهم، وإنما عرف بالنص فيما إذا كان في مكان يُنسب الحلف إلى المدعى عليهم، والمدعى يدعي القتل عليهم، وفيما وراءه بقي أصل القياس، وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم، وفي الاستحسان: تجب القسامة، والدية على أهل المحلة؛ لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى، فنوجهه بالنص لا بالقياس، بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم؛ لأنه ليس فيه نص، فلو أوجبناها لأوجبناها بالقياس، وهو ممتنع، ثم حكم ذلك أن يُثبت ما ادعاه إذا كان له بينة، وإن لم تكن: استحلفه يميناً واحدة؛ لأنه ليس بقسامة؛ لانعدام النص، وامتناع القياس، ثم إن حلف: برئ، وإن نكل والدعوى في المال: ثبت به، وإن كان الدعوى في القصاص: فهو على اختلاف مضي في كتاب الدعوى.

وهكذا الجواب إلخ: يعني أوجب القسامة والدية فيما إذا كان الدعوى على البعض بعينه. [العناية ٣١٠/٩] ووجهه: ما روي عن أبي يوسف رحمته الله. (البنية) وفيما وراءه: وهو ما إذا كان الدعوى على البعض بعينه. (البنية) وصار كما إلخ: فإن فيه البينة من المدعي أو اليمين من المدعى عليه. (البنية) فنوجهه: أي نوجب كل واحد من القسامة والدية، وفي بعض النسخ: فنوجبها أي القسامة. (البنية) حكم ذلك: أي حكم ما إذا ادعى على واحد منهم من غيرهم. [البنية ٣٣٥/١٣] على اختلاف إلخ: بين أبي حنيفة رحمته الله وصاحبيه حيث قال: ومن ادعى قصاصاً على غيره، فجدد استحلف بالإجماع إلخ. [العناية ٣١١/٩]

قال: وإن لم يكمل أهل المحلة كورت الأيمان عليهم حتى تتم خمسين؛ لما روي:
 القدوري أن عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافي إليه تسعة وأربعون رجلاً، فكرر اليمين على
 رجل منهم، حتى تمت خمسين، ثم قضى بالدية، وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل
 ذلك،* ولأن الخمسين واجب بالسنة، فيجب إتمامها ما أمكن، ولا يطالب فيه
 الوقوف على الفائدة؛ لثبوتها بالسنة، ثم فيه استعظام أمر الدم، فإن كان العدد
 كاملاً، فأراد الولي أن يكرر على أحدهم، فليس له ذلك؛ لأن المصير إلى التكرار
 ضرورة الإكمال. قال: ولا قسامة على صبي ولا مجنون؛ لأنهما ليسا من أهل القول
 القدوري الصحيح، واليمين قول صحيح. قال: ولا امرأة ولا عبد؛
 القدوري

كررت الأيمان إلخ: لأن تكرار اليمين مشروع كما في كلمات اللعان. (الكفاية) في القسامة: أي لما أراد
 القضاء في القسامة وافي اليمين إليه تسعة وأربعون رجلاً، قوله: وافي جواب لما من الموافقة بمعنى الوفاء، وجعله
 معطوفاً على قضى، وجعل أفي من الفيء، بمعنى الرجوع يستلزم دخول الفاء في جواب لما، وهو غير صحيح.
 ولا يطالب إلخ: يعني لا يقال: ما الفائدة في تعيين الخمسين ولا يطلب في الخمسين؟ والوقوف على الفائدة. (البنية)
 فيه استعظام إلخ: ولهذا يكرر اليمين في اللعان، وأمر الدم أقوى. (البنية) ضرورة الإكمال: فإذا كان
 كاملاً، فلا ضرورة إلى الزيادة. [البنية ٣٣٧/١٣]

* أما حديث عمر: فرواه ابن أبي شيبة في "مصنفه" بنقص، فقال: حدثنا وكيع ثنا سفيان عن عبد الله بن
 يزيد الهذلي عن أبي مليح أن عمر بن الخطاب رد عليهم الأيمان حتى وفوا. [نصب الراية ٣٩٥/٤] وأما
 حديث شريح: رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن شريح قال: جاءت قسامة فلم يوفوا خمسين، فرد عليهم
 القسامة حتى أوفوا. [رقم: ٧٨٩٣، ٣٩٠/٩، باب القسامة. إذا كانوا أقل من خمسين] وأما حديث
 النخعي رواه عبد الرزاق في "مصنفه" عن إبراهيم قال: إذا لم يكملوا خمسين رددت الأيمان عليهم.
 [رقم: ١٨٢٨٥، ٤١/١٠، باب القسامة]

لأنهما ليسا من أهل النصره، واليمين على أهلها. قال: وإن وجد ميتاً لا أثر به: فلا قسامة ولا دية؛ لأنه ليس بقتيل؛ إذ القتل في العرف من فاته حياته بسبب يباشره حي، وهذا ميت حتف أنفه، والغرامة تتبع فعل العبد، والقسامة تتبع احتمال القتل، ثم يجب عليهم القسم، فلا بد من أن يكون به أثر يُستدل به على كونه قتيلاً، وذلك بأن يكون به جراحة، أو أثر ضرب، أو خنق، وكذا كان خراج الدم من عينه، أو أذنه؛ لأنه لا يخرج منها إلا بفعل من جهة الحي عادة، بخلاف ما إذا خرج من فيه، أو دبره، أو ذكره؛ لأن الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل أحد، وقد ذكرناه في الشهيد. ولو وجد ^{هذه المناقذ} بدن القتل، أو أكثر من نصف البدن، أو النصف ومعه الرأس في محلة: فعلى أهلها القسامة والدية، وإن وجد نصفه مشقوقاً بالطول، أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس،

وذلك: أي الأثر الذي بدل على كونه قتيلاً. (البنية) من عينه: قال الأثراري: صاحب الهداية لم يذكر فيها الأنف، والغالب أنه سهو القلم؛ لأنه ذكر في البداية كما ذكره القدوري رحمته الله في "مختصره"، قلت: لا سهو هناك؛ لأن الدم يخرج من الأنف غالباً من الرعاف، فلا تصلح دليلاً مع أن الأثراري رحمته الله قال في "شرحه": وخروج الدم من موضع يخرج منه الدم عادة من غير ضرب لا يكون أثر القتل كما إذا خرج من فمه، أو أنفه؛ لأنه قد يكون ذلك من رعاف، فلا يصلح أن يكون دليلاً على وجود ضرب في المحلة. [البنية ٣٣٨/١٣] أو ذكره: ولم يذكر الأنف، وحكمه حكم دبره، وذكر الفم مطلقاً، وقد قيل: إذا صعد من جوفه إلى فيه، وأما إذا نزل من رأسه إلى فيه، فليس يصح دليلاً على القتل، ذكره فخر الإسلام في شرح "الزيادات". [الغاية ٣١٢/٩] في الشهيد: يعني في حال الصلاة في باب الشهيد، والدم الذي يخرج من الدبر لا يكون دليلاً على القتل، فإنه قد يكون في الباطن، وقد يكون أكل شيء غير موافق. [البنية ٣٣٨/١٣] النصف: أي ولو كان الأقل مع الرأس. (مجمع الأثر)

أو وجد يده، أو رجله، أو رأسه، فلا شيء عليهم؛ لأن هذا حكم^{القسامة} عرفناه بالنص، وقد ورد به في البدن، إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي، بخلاف الأقل؛ لأنه ليس ببدن، ولا ملحق به، فلا تجري فيه القسامة، ولأننا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان، والديتان بمقابلة نفس واحدة، ولا تتواليان، والأصل فيه: أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة: لا تجب فيه، وإن كان بحال لو وجد الباقي^{لكونه أكثر} لا تجري فيه القسامة: تجب، والمعنى ما أشرنا إليه، وصلاة الجنابة في هذا تنسحب^{لكونه أقل} على هذا الأصل؛ لأنها لا تتكرر. ولو وجد فيهم جنين، أو سقط ليس به أثر^{صلاة الجنابة} الضرب، فلا شيء على أهل المحلة؛ لأنه لا يفوق الكبير حالاً. وإن كان به أثر الضرب، وهو تام الخلق: وجبت القسامة والدية عليهم؛ لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حياً، وإن كان ناقص الخلق: فلا شيء عليهم؛ لأنه ينفصل ميتاً لا حياً.

إلا أن للأكثر إلخ: هذا كأنه جواب عما يقال: إذا كان النص ورد في البدن كان ينبغي أن يقتصر الحكم على البدن فقط، فأجاب بأن لأكثر البدن حكم كله؛ لأن الأكثر في كثير من المواضع يقوم مقام الكل، ولا سيما ههنا. [البنية ٣٣٩/١٣] تتكرر [وذلك لا يجوز. (العناية)] إلخ: قيل: كان ينبغي أن يقول: تتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون الثنية؛ لأن غرضه ثبوت القسامة مكرراً، أو ثبوت الدية مكرراً، وعبارة الشارح تستلزم أن يكون أكثر من القسامتين والديتين، ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفساً. [العناية ٣١٢/٩-٣١٣] ما أشرنا إليه: وهو أن تكرر القسامة والدية في قتل واحد غير مشروع. [الكفاية ٣١٣/٩]

على هذا الأصل: يعني إن وجد الأكثر يصلى عليه، وهذا أشار إلى أنه إذا كان معه الرأس يصلى عليه، وإلا فلا. (البنية) لا يفوق إلخ: أي لأن كل واحد من الجنين والسقط لا يفوق الكبير حالاً أي من حيث المال يعني إذا وجد الكبير، ولا أثر به، لا يجب في شيء فيه، فكذا هذا. [البنية ٣٤٠/١٣]

قال: وإذا وُجد القَتِيلُ على دَابَّةٍ يسوقها رجل: فالديةُ على عاقلته دون أهل المحلة؛ لأنه القُدوري في يده فصار كما إذا كان في داره، وكذا إذا كان قائدها، أو راكبها، فإن اجتمعوا فعليهم؛ لأن القَتِيلَ في أيديهم، فصار كما إذا وجد في دارهم. قال: وإن مرَّت دابة بين قريتين، وعليها قَتِيل: فهو على أقربهما؛ لما روي: "أن النبي ﷺ أتى بقتيل وُجد بين قريتين فأمر أن يُذَرَعَ"، * وعن عمر رضي الله عنه أنه لما كُتِبَ إليه في القَتِيل الذي وجد بين وادعة وأرحب كُتِبَ بأن يقيس بين قريتين، فوجد القَتِيلُ إلى وادعة أقرب،

على عاقلته: أي عاقله السائق، سواء كان السائق مالكا للدية، أو غير ذلك. (النهاية). لأنه في يده: وروي عن أبي يوسف رحمه الله في غير رواية الأصول: أنه كان يفضل في الجواب، ويقول: هكذا إذا كان السائق يسوق الدابة محتشما مخفيا؛ لأن الظاهر أنه هو القاتل، إذا كان يسوقها على هذا الوجه، فأما إذا كان يسوقها غير محتشم فمأرا جهاراً، فلا شيء عليه؛ لأن الإنسان قد يحمل أباه أو ابنه، أو أحداً من أقربائه إلى بلدة ليدفنها فيه، وظاهر حاله يدل عليه، فلا يجعل قاتلاً. [الكفاية ٣١٣/٩-٣١٤] وكذا إذا إلخ: تكون الدية عليه مطلقاً. (البنية) اجتمعوا: أي السائق، والراكب، والقائد. [البنية ٣٤١/١٣] أقربهما: أي ديتة على أهل أقربهما. كُتِبَ إليه: والكااتب هو عامل عمر رضي الله عنه. وادعة وأرحب: حيان من همدان. [البنية ٣٤٢/١٣]

* رواه أبو داود الطيالسي، وإسحاق بن راهويه، والبخاري في "مسانيدهم"، والبيهقي في "سننه". [نصب الراية، ٣٩٦/٤] أخرجه أبو داود الطيالسي في "مسنده" عن أبي إسرائيل الملائي، واسمه إسماعيل عن أبي إسحاق عن عطية عن أبي سعيد أن قتيلاً وجد بين حيين، فأمر النبي ﷺ أن يقاس إلى أيهما أقرب، فوجد أقرب إلى أحد الحيين بشبر، قال أبو سعيد: كأنني أنظر إلى شبر رسول الله ﷺ فألقى ديتة عليهم. [رقم: ٢١٩٥] فإن قلت: هذا رواه ابن عدي، والعقيلي في "كتايبهما" بلفظ: فألقى ديتة على أقربهما، وأعله بأبي إسرائيل، وضعفه ابن عدي عن قوم، وقال البخاري: ليس بقوي في الحديث، وقال النسائي: ليس بثقة وكان يسب عثمان قلت: وثقه ابن معين، ووثقه أيضاً ابن عدي من قوم آخرين. [البنية ٤٢٧/١٣]

فقضى عليهم بالقسامة.* قيل: هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله القتل ^{الأقرب} الصوت؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث، فتمكنهم النصر، وقد قصرُوا. ^{البيت}

قال: وإن وجد القتيل في دار إنسان، فالقسامة عليه؛ لأن الدار في يده، والدية على القُدوري عاقلته؛ لأن نُصرتَه منهم، وقوته بهم. قال: ولا تدخل السكان في القسامة مع ^{العائلة القُدوري} الملاك عند أبي حنيفة رحمته الله، وهو قول محمد رحمته الله، وقال أبو يوسف رحمته الله: هو عليهم السكان والملاك جميعاً؛ لأن ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى، ألا ترى أنه عليه السلام جعل القسامة، والدية على اليهود، وإن كانوا سكاناً بخير.**

هذا: أي القضاء على أقرهما. (الكفاية) فالقسامة عليه: لأن الدار في يده، فصار صاحب الدار مع أهل الحلة بمنزلة أهل الحلة مع أهل المصّر، فلما لم يدخل أهل المصّر مع أهل الحلة كذلك لا يدخل أهل الحلة مع صاحب الدار في القسامة كذا في "شرح الأقطع". (الكفاية) في يده: وهذا إذا كان العاقلة غيباً توفيقاً بينه وبين ما يجيء من قوله: فالقسامة على رب الدار، وعلى قومه إلى آخره، أو هذا جواب القياس، وذلك جواب الاستحسان. ولا تدخل السكان [بإجارة، أو بإعارة] في القسامة إلخ: يعني إذا كان في الحلة سكان وملاك. [الكفاية ٣١٤/٩] وقال أبو يوسف إلخ: يعني آخرأ، وكان قوله أولاً كقولهما. [العناية ٣١٤/٩]

* رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه" حدثنا وكيع ثنا إسرائيل عن أبي إسحاق عن الحارث بن الأزمع قال: وجد قتيل باليمن بين وادعة وأرحب، فكتب عامل عمر بن الخطاب إليه، فكتب إليه عمر رحمته الله أن قس ما بين الحيين، فإلى أيهما كان أقرب فخذهم به، قال: فقاوسا فوجدوه أقرب إلى وادعة فأخذنا وأغرما وأحلفنا، فقلنا: يا أمير المؤمنين! أتخلفنا وتغرما، قال: نعم، فأحلف منا خمسين رجلاً بالله ما قتل، ولا علمت قاتلاً. [رقم: ٧٩٠١، ٣٩٢/٩، باب القتل يوجد بين الحيين]

** تقدم في قصة عبد الله بن سهل لما وجد قتيلاً في خير. وقد كانوا سكاناً؛ لأنها كانت للمسلمين، وكان اليهود عما لهم. [البنية ٤٢٩/١٢]

ولهما: أن المالك هو المختصُّ بنصرة البقعة دون السكان؛ لأن سكنى الملاك ألزم، وقرارهم أدوم، فكانت ولاية التدبير إليهم، فيتحقق التقصير منهم، وأما أهل خير فالتبني عليه أقرهم على أملاكهم، وكان يأخذ منهم على وجه الخراج. * قال: وهو على أهل الخطّة دون المشتريين، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما. وقال أبو يوسف رحمهما: الكل مشتركون؛ لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ، وبهذا الطريق يجعل جانياً مقصراً، والولاية باعتبار الملك، وقد استوّوا فيه، ولاية الحفظ ولهما: أن صاحب الخطّة هو المختصُّ بنصرة البقعة هو المتعارف، ولأنه أصيل، صاحب الخطّة والمشتري دخيل، وولاية التدبير إلى الأصيل،

دون السكان: لأن السكان يتقلون في كل وقت من محلة إلى محلة دون أصحاب الملك. (النهاية) أقرهم: فهم كانوا ملاكاً. وهو [أي وجوب القسامة والدية أي القسامة على أهل الخطّة، والدية على عاقلتهم. (العناية)] على أهل الخطّة: الخطّة: المكان المختط لبناء دار أو غيرها من العمارات. [العناية ٣١٤/٩-٣١٥] أي أصحاب الأملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الإمام البلدة، وقسمها بين الغنائم بخط خط لتمييز أنصابتهم. [الكفاية ٣١٥/٩] استوّوا: أي أهل الخطّة والمشتريين. (البنية) هو المتعارف: فإن العرف أن أصحاب الخطّة يقومون بحفظ المحلة وتدبيرها دون المشتريين. [البنية ٣٤٤/١٣]

* أراد المصنف بهذا الحديث أن أهل خير لم يكونوا سكاناً، وإنما كانوا ملاكاً، والصحيح الذي اختاره أبو عمر وغيره أن خير فتحت كلها عنوة، وإنما قسمت بين الغنائم، إلا حصنين منها، يسمى أحدهما: الوطيحة، والآخر: السلام، فإن أهلها سألو النبي ﷺ أن يأخذ جميع ما عندهم، ويحقن لهم دماهم، ففعل، وسأله أن يتركهم في أرضهم، ويعملون فيها على نصف الخارج، ففعل على أن يخرجهم متى شاء، وليس في هذا أنه أقرهم على أملاكهم ملكاً لهم؛ إذ لا يكون ذلك إلا في فتح الصلح بدليل أقم استمروا كذلك إلى زمان عمر، فأجلاه عمر رضي الله عنه، وقد ذكر المصنف في باب الغنائم أنه عليه قسمها بين الغنائم. [نصب الراية ٣٩٧/٤]

وقيل: أبو حنيفة رحمته الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة. قال: وإن بقي واحد منهم: فكذلك، يعني من أهل الخطة؛ لما بينا، وإن لم يبقَ واحد منهم بأن باعوا كلهم: فهو على المشتريين؛ لأن الولاية انتقلت إليهم، أو خلصت لهم؛ لزوال من يتقدمهم، أو يزاحمهم. وإذا وجد قتيل في دار: فالقسامة على ربِّ الدار، وعلى قومه، وتدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضوراً، وإن كانوا غيباً، فالقسامة على ربِّ الدار يُكرَّرُ عليه الأيمان، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمتهما الله، وقال أبو يوسف رحمته الله: لا قسامة على العاقلة؛ لأن ربَّ الدار أخصُّ به من غيره، فلا يشاركه غيره فيها كأهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم.

القسامة

القسامة

على ما شاهد إلخ: أي بني على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في زمانه أن أصحاب الخطة في كل محلة يقومون بتدبير المحلة، ولا يشاركهم المشترون في ذلك. (الكفاية) لما بينا: إشارة إلى قوله: إن صاحب الخطة هو المختص، أو قوله: لأنه أصل، والمشتري دخيل. [البنية ١٣/٣٤٤] الولاية انتقلت إلخ: أي على قول أبي حنيفة ومحمد رحمتهما الله؛ لزوال من يتقدمهم، أو خلصت لهم أي على قول أبي يوسف رحمته الله؛ لما أن الولاية عنده كانت لصاحب الخطة وللمشتريين، فالآن خلصت للمشتريين؛ لزوال من يزاحمهم. [الكفاية ٩/٣١٥-٣١٦] وإذا وجد إلخ: يعني إذا وجد القتيل في دار، فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات، وفي القسامة روايتان، ففي إحداها تجب على صاحب الدار، وفي الأخرى على عاقلته، وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله: قبل هذا، وإن وجد القتيل في دار إنسان، فالقسامة عليه، وبين قوله ههنا، فالقسامة على رب الدار، وعلى قومه، بحمل ذاك على رواية أخرى، وحكي عن الكرخي رحمته الله أنه كان يوفق بينهما، ويقول: الرواية التي توجبها على صاحب الدار محمولة على ما إذا كان قومه غيباً، والرواية التي توجبها على قومه محمولة على ما إذا كانوا حضوراً، كذا في "الذخيرة"، والمذكور في الكتاب يدل على أنها عليهما جميعاً إذا كانوا حضوراً، ويوافقه رواية "فتاوى العتاي". [العناية ٩/٣١٥-٣١٦]

ولهما: أن الحُضورَ لزمتهن نصرَةُ البقعة كما تلزم صاحبَ الدار، فيشاركونه في القسامة. قال: فإن وجد القَتِيلُ في دار مشتركة نصفها لرجل، وعشرها لرجل، ولآخر ما بقي: فهو على رؤوس الرجال؛ لأن صاحبَ القليل يزاحم صاحبَ الكثير في التدبير، فكانوا سواء في الحفظ والتقصير، فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة. قال: ومن اشترى داراً، ولم يقبضها حتى وُجدَ فيها قتيل: فهو على عاقلة البائع، وإن كان في البيع خيار لأحدهما: فهو على عاقلة الذي في يده، وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: إن لم يكن فيه خيار، فهو على عاقلة المشتري، وإن كان فيه خيار، فهو على عاقلة الذي تصير له؛ لأنه إنما أنزل قاتلاً باعتبار التقصير في الحفظ، ولا يجب إلا على مَنْ له ولاية الحفظ، والولاية تستفاد بالملك، ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع، والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات، ولاية الحفظ

قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". (البنية) بمنزلة الشفعة: فإنها على عدد الرؤوس لا على قدر الأنصاء عندنا. [الكفاية ٣١٦/٩] قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". (البنية) فهو: أي المذكور هو الدية. وقالوا إلخ: حاصل الاختلاف: أن أبا حنيفة رحمته الله اعتبر اليد، وهما اعتبرا الملك، وهذا الاختلاف بيننا وبينهم بعد ما أجمعوا على أن وجوب الضمان عند وجود القَتِيل بولاية الحفظ؛ لأنه ضمان ترك الحفظ، فبعد ذلك قال أبو يوسف ومحمد رحمتهما الله: ولاية الحفظ تستفاد بالملك، فيعتبر الملك، وأبو حنيفة رحمته الله يقول: حقيقة القدرة تثبت باليد، إلا أن الملك سبب اليد، فإذا كان الملك لأحدهما، واليد لآخر كان اعتبار اليد أولى. (النهاية) لأنه: أي لأنه الذي يصير له الدار. [البنية ٣٤٦/١٣]

ولهذا كانت الدية: أي ولكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك كانت الدية في هذا الموضع على عاقلة صاحب الدار دون المودع؛ لعدم ملكه، وإن كان له يد. [العناية ٣١٦/٩]

وفي المشروط فيه الخيارُ يعتبر قرارُ الملك كما في صدقة الفطر. وله: أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك، ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد بدون الملك، ولا يقتدر بالملك دون اليد، وفي الباتِّ اليدُ للبائع قبل القبض، وكذا فيما فيه الخيار لأحدهما قبل القبض؛ لأنه دون الباتِّ، ولو كان المبيع في يد المشتري، والخيار له، فهو أخصُّ الناس به تصرفاً، ولو كان الخيارُ للبائع، فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب، فتعتبر يده؛ إذ بها يُقدر على الحفظ. **قال:** ومن كان في يده دار، فوجد فيها قتيلاً: لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهودُ أنها للذي في يده؛ لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العوائلُ عنه،

في صدقة الفطر: حيث يجب الملك على من يحصل الملك فيه. (البنية) وله أن القدرة إلخ: ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد به؛ لأنه قد اندرج في دليله؛ وذلك لأنه قال: إن القدرة على الحفظ باليد أطلق اليد، والمطلق ينصرف إلى الكامل، والكامل في اليد أي ما كان الكامل أصالة، ويد المودع ليست كذلك، وكذلك المستعير والمستأجر، قيل: ما الفرق لأبي حنيفة رحمته الله بين الجناية وصدقة الفطر، فإنه يعتبر البتة الملك في الثانية دون الأولى، والجواب أن صدقة الفطر مؤنة الملك، فكانت على المالك، والجناية موجبة للضمان بترك الحفظ، والحفظ إنما يتحقق باليد؛ لما ذكر من الدليل. [العناية ٣١٦/٩-٣١٧] باليد لا بالملك: غير أن الملك سبب اليد، فإذا وجد الملك لأحدهما واليد للآخر كان اعتبار اليد أولى. [البنية ٣٤٧/١٣]

اليد للبائع: أي أصالة؛ لأنه لم يخرج عن ملك البائع يداً بخلاف المودع، فإن يده يد نيابة. لأنه: أي لأن فيما فيه الخيار. (البنية) للبائع: والمبيع في يد المشتري. كالمغصوب: فإنه مضمون بالقيمة. (البنية) قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". [البنية ٣٤٧/١٣] العاقلة: أي عاقلة الذي هي في يده. تشهد الشهود إلخ: يعني إذا أنكرت العاقلة أن تكون الدار له، وقالوا: هي وديعة في يده، وهذا لما عرف أن الظاهر حجة للدفع لا للاستحقاق، وقد احتجنا إلى الاستحقاق ههنا، فوجب إثباته بالينة... ولا يلزم أن أبا حنيفة رحمته الله يعتبر اليد في استحقاق الدية كما ذكرنا آنفاً؛ لأنه يعتبر يد الملك لا مجرد اليد، ولم يثبت ههنا يد الملك إلا بالينة. [الكفاية ٣١٧/٩]

واليد وإن كانت دليلاً على الملك، ولكنها محتملة، فلا تكفي إيجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة، فلا بد من إقامة البينة. قال: وإن وجد قتيل في سفينة: فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين؛ لأنها القُدوري السفينة في أيديهم، واللفظ يشمل أربابها حتى تجب على الأرباب الذين فيها، وعلى السكان، وكذا على من يمدّها، والمالك في ذلك وغير المالك سواء، وكذا العجلة، وهذا على ما روي عن أبي يوسف رحمته الله ظاهر، والفرق لهما: أن السفينة تنقل وتحول، فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة، بخلاف الحلة والدار؛ لأنها لا تنقل.

ولكنها محتملة: بأن تكون يده على طريق العارية أو الإجارة ونحوها. [البنية ٣٤٧/١٣-٣٤٨] كما لا تكفي إلخ: أي كمن طلب شفعة بالجوار في دار بيعت، فأنكر المشتري أن تكون الدار التي في يد الشفيع ملكاً له، فإنه لا يستحق الشفعة بيده عليها حتى يقيم البينة على الملك. (الكفاية) واللفظ: أي لفظ القُدوري: وهو قوله: على من فيها. [البنية ٣٤٨/١٣] يشمل أربابها: أي ملاكها وغير ملاكها. [العناية ٣١٧/٩] وعلى السكان: وذكر شيخ الإسلام قال بعض المشايخ: إنما يجب على الركاب إذا لم يكن للسفينة مالك معروف، فإن كان فالقسامة عليه. [الكفاية ٣١٧/٩]

والمالك في ذلك إلخ: يعني مالك السفينة في وجوب القسامة على من فيها، وغير مالكها سواء. (البنية) وهذا: أي كون الملاك وغيرهم سواء في القسامة على ما روي عن أبي يوسف رحمته الله أن السكان تدخل في القسامة مع الملاك ظاهر، وأما على قول أبي حنيفة ومحمد رحمتهما، فلا بد من الفرق، وهو ما ذكره في الكتاب. [العناية ٣١٧/٩] ظاهر: لأنه يجعل السكان والملاك في القتل الموجود في الحلة سواء، فكذا في القتل الموجود في السفينة، وأما عندهما، ففي الحلة السكان لا يشاركان الملاك؛ لأن التدبير في الحلة إلى الملاك دون السكان، وفي السفينة أنهم في تدبيرها سواء إذا حدثهم أمر. [الكفاية ٣١٧/٩]

فيعتبر فيها اليد إلخ: فإنما مركب كالدابة، فكما أن المعتبر في القتل الموجود على الدابة هو اليد دون الملك، فكذا في القتل الموجود في السفينة، وهم في اليد عليها سواء. [الكفاية ٣١٧/٩]

قال: وإن وجد في مسجد محلّة: فالقسامة على أهلها؛ لأن التدبير فيه إليهم، وإن القدوري القتل

وجد في المسجد الجامع، أو الشارع الأعظم: فلا قسامة فيه، والدية على بيت المال؛

لأنه للامة لا يختص به واحد منهم، وكذا الجسور للامة، ومال بيت المال مال عامة بيت المال

المسلمين. ولو وجد في السوق إن كان مملوكاً، فعند أبي يوسف رحمه الله: تجب على السكان، وعندهما: على المالك، وإن لم يكن مملوكاً كالشوارع العامة التي بنيت فيها: السوق

فعلى بيت المال؛ لأنه لجماعة المسلمين. ولو وجد في السجن: فالدية على بيت المال، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: الدية والقسامة على أهل السجن؛ لأنهم سكان، وولاية

التدبير إليهم، والظاهر أن القتل حصل منهم، وهما يقولان: إن أهل السجن مقهورون، فلا يتناصرون، فلا يتعلق بهم ما يجب لأجل النصرة، ولأنه بُني لاستيفاء حقوق المسلمين، الدية والقسامة لأجل ترك النصرة السجن

فإذا كان غنمه يعود إليهم، فغنمه يرجع عليهم، قالوا: وهذه فريضة المالك والسكان، السجن المشايخ هذه المسألة

الشارع الأعظم: في "المغرب": الشارع هو الطريق الذي يشرع فيه الناس عامة على الإسناد المجازي، أو هو من قولهم: شرع الطريق أي تبن. [الكفاية ٣١٧/٩ - ٣١٨] فلا قسامة: لأن المقصود بالقسامة نفي ثمة القتل، وذلك لا يتحقق في حق جماعة المسلمين. (الكفاية) الجسور: الجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يتخذ من الخشب والألواح. السكان: أي سواء كان السكان ملاكاً أو غير ملاك. [العناية ٣١٨/٩]

فعلى بيت المال: قال في "النهاية": وإنما أراد به أن يكون نائباً عن المحال، أما الأسواق التي تكون في المحال، فهي محفوظة بحفظ أهل المحلة، فتكون القسامة والدية على أهل المحلة، وكذا في السوق النائي إذا كان من يسكنها في الليالي، أو كان لأحدهم فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه؛ لأنه يلزمه صيانة ذلك الموضع، فيوصف بالتقصير، فيجب عليه موجب التقصير. [العناية ٣١٨/٩] عليهم: فيكون من بيت المال.

فريضة المالك إلخ: يعني وأصلها في اعتبار الساكن دون المالك، فكأنهما جعلاً عامة المسلمين كالملاك وأهل السجن بمنزلة السكان، كذا في "شرح الإرشاد". [البنية ٣٥٠/١٣]

وهي مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. قال: وإن وجد في بَرِيَّةٍ ليس بقرها عمارة: فهو هَدَر، وتفسيرُ القُرْب ما ذكرنا من استماع الصوت؛ ^{القتيل} لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه العَوْتُ من غيره، فلا يوصف أحد بالتقصير، وهذا إذا لم تكن مملوكة لأحد، أما إذا كانت: فالدية والقسامة على ^{المالك} عاقلته. وإن وجد بين قريتين: كان على أقربهما، وقد بيناه، وإن وجد في وسط الفرات يمر به الماء: فهو هدر؛ لأنه ليس في يد أحد، ولا في ملكه. وإن كان محتبساً بالشاطيء: فهو على ^{القتيل} أقرب القري من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم؛ لأنه أخص بنصرة هذا الموضع،

إذا لم تكن: ولا يكون لأحد يد فيها، وأما إذا كانت تلك البرية في أيدي المسلمين، بأن كان مثلاً فيها منفعة المسلمين بالاحتطاب والاحتشاش وغيرها كذا في: "المحيط" للسرخسي، فالدية حينئذ في بيت المال، قال قاضي خان: إن وجد القتيل في موضع مباح نحو الفلات، إلا أنه في أيدي المسلمين كانت الدية في بيت المال. وقد بيناه: وإن مرت دابة بين قريتين، وعليها قتيل. [العناية ٣١٨/٩]

في وسط الفرات: يريد به الفرات، وكل نهر عظيم؛ لعدم خصوصية الفرات بذلك، وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص، بل الماء ما دام جارياً بالقتيل كان حكم الشط حكم الوسط، قالوا: هذا إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب؛ لأنه إذا كان كذلك، فقد يكون هذا قتيل دار الشرك، وأما إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الإسلام، فتجب الدية في بيت المال؛ لأن موضع انبعاث الماء في يد المسلمين، فسواء كان قتيل مكان الانبعاث، أو مكان آخر دون ذلك، فهو قتيل المسلمين، فتجب الدية في بيت المال. [العناية ٣١٨/٩]

على أقرب إلخ: وهذا إذا كانوا بالقرب من ذلك الموضع بحيث يسمعون صوت من وقف على ذلك الموضع، ونادى بأعلى صوته، وإن كانوا لا يسمعون ذلك لا شيء عليهم فيه، هكذا فسرهُ الكرخي رحمهما الله، وفي "الذخيرة": وأما إذا كان بحيث لا يسمع منه الصوت لا يجب عليهم شيء، وإنما يجب في بيت المال؛ لأنه تحت يد عامة المسلمين. [الكفاية ٣١٩/٩] على التفسير إلخ: أراد به قوله: قيل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت. [العناية ٣١٨/٩]

فهو كالموضوع على الشطّ، والشطّ في يد من هو أقرب منه، ألا ترى أنهم يستقون القتل منه الماء، ويوردون بهائمهم فيها، بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة؛ لاختصاص أهلها به؛ لقيام يدهم عليه، فتكون القسامة والدية عليهم. قال: وإن ادعى الوليُّ النهر على واحد من أهل المحلة بعينه: لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه، وذكرنا فيه القياس والاستحسان. قال: وإن ادعى على واحد من غيرهم: سقطت عنهم، وقد بيناه من قبل. ووجه الفرق: هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم، فتعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الأمر؛ لأنه منهم،

يستحق به الشفعة: استحقاق الشفعة يكون في الشركة في الشرب الخاص، والشرب الخاص: أن يكون نهرًا لا تجري فيه السفن، وما تجري فيه فهو عام، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعن أبي يوسف رحمهما الله: أن الشرب الخاص أن يكون نهرًا يستقى منه قراحان، أو ثلاثة، وما زاد على ذلك، فهو عام، كذا قال المصنف في كتاب الشفعة. لم تسقط القسامة إلخ: يعني والدية على عواقلهم. [العناية ٣١٨/٩]

وقد ذكرناه إلخ: هذا هو الموضع الذي وعد بيانه فيه بقوله: وسنذكره من بعد إن شاء الله تعالى، وههنا قال: وقد ذكرناه، فلعله رحمهما الله توهم أنه ذكره، وقيل: في بعض النسخ ذكره ثم فعلى هذا يستقيم قوله: وقد ذكرناه. (الكفاية) سقطت عنهم: أي سقطت القسامة والدية، ويحلف المدعى عليه يميناً واحداً. [الكفاية ٣١٩/٩]

وقد بيناه: يريد به قوله: هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة. [العناية ٣١٩/٩]

لا ينافي إلخ: فإن الشارع أوجب القسامة ابتداء على المحلة، فتعيينه واحداً منهم لا ينافي ما شرعه الشارع ابتداء، وفي "المبسوط": وإن ادعى أهل القتل على بعض أهل المحلة الذين وجد القتل بين أظهرهم، فقالوا: قتله فلان عمداً، أو خطأ لم يطل بهذا حقه، وفيه القسامة والدية؛ لأنهم ذكروا ما كان معلوماً لنا بطريق الظاهر، وأن القاتل واحد من أهل المحلة لكننا لا نعلم ذلك حقيقة، وبدعوى الولي على واحد منهم بعينه لا يصير معلوماً لنا حقيقة أنه هو القاتل، فإذا لم يسقط بهذه الدعوى شيئاً لا يتغير الحكم به، فبقيت القسامة والدية على أهل المحلة. [الكفاية ٣١٩/٩ - ٣٢٠]

بخلاف ما إذا عَيَّنَ من غيرهم؛ لأن ذلك يبان أن القاتل ليس منهم، وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم؛ لكونهم قَتَلَهُ ^{تعيين غيرهم} تقديرًا حيث لم يأخذوا على يد الظالم، ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القاتل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي، فإذا ادَّعى القتل على غيرهم: امتنع ^{الغرامة} دعواه عليهم، وسقط؛ لفقد شرطه. قال: وإذا التقى قوم بالسيوف، فأجلُّوا عن قتل: فهو على أهل المحلة؛ لأن القاتل بين أظهرهم، والحفظُ عليهم. إلا أن يدَّعي الأولياء على أولئك، أو على رجل منهم بعينه: فلم يكن على أهل المحلة شيء؛ لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة. قال: ولا على أولئك حتى يقيموا البيِّنة؛ لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحقُّ للحديث الذي رويناه، ^{محمد} أما يسقط به الحق عن أهل المحلة؛ لأن قوله حجة على نفسه. ولو وجد قاتل في معسكر أقاموا بفلاة من الأرض، لا ملك لأحد فيها، ^{المدعي} موضع العسكر

دعواه عليهم: للتناقض؛ لأنه لما ادعى على غير أهل المحلة، فقد أبرأ المحلة من ذلك حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك على أهل المحلة للتناقض، كذا في "المبسوط". (الكفاية) قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية) فأجلُّوا: أي انكشفوا عنه وانفروا. (العناية) أهل المحلة: قال الفقيه أبو جعفر ﷺ في "كشف الغوامض": وهذا إذا كان الفريقان متأولين اقتلوا غضبة، فإن كانوا مشركين، أو خوارج، فلا شيء عليه، ويجعل ذلك من إصابة العدو. [الكفاية ٣٢٠/٩] بين أظهرهم: والظهر والأظهر يجبان مقحمين كما في قوله ﷺ: "لا صدقة إلا عن ظهر غني": أي صادرة عن غني. [العناية ٣٢٠/٩] على أولئك: أي أولئك القوم المتقاتلين أي لم تكن القسامة على أهل المحلة، ولا على المتقاتلين. [البنية ٣٥٣/١٣]

الحق: أي الاستحقاق عند إنكار المدعي عليه. (العناية) الذي رويناه: أي في أوائل باب القسامة، وأوله قوله ﷺ: "لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، لكن البيِّنة على المدعي، واليمين على من أنكر"، لا يقال: الظاهر أنهم قتلوه؛ لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق. [العناية ٣٢٠/٩] المحلة: أي بالدعوى على أولئك، أو على رجل منهم.

فإن وجد في خِباء، أو فُسْطَاط: فعلى من يسكنها الدية والقسامة، وإن كان خارجاً ^{القتيل} من الفسْطَاط: فعلى أقرب الأخبية؛ اعتباراً للبد انعدام الملك. وإن كان القوم ^{العسكر} لقوا قتالاً، ووجد قتيل بين أظهرهم: فلا قسامة، ولا دية؛ لأن الظاهر أن العدو قتلَه، فكان هدرًا، وإن لم يلقوا عدوًّا، فعلى ما بيناه، وإن كان للأرض مالك: فالعسكر ^{لا شيء فيه} كالسكان، فيجب على المالك عند أبي حنيفة رحمته، خلافاً لأبي يوسف رحمته، وقد ذكرناه. قال: وإذا قال المستحلف: قتلَه فلان استحلف بالله: ما قتلتُ، ولا عرَفْتُ له قاتلاً غير فلان؛ لأنه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه بقوله، فلا يقبل، فيحلف على ما ذكرناه؛ لأنه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين، فبقي حكم من سواه،

خِباء: وهي الخيمة من الصوف. [البنية ١٣/٣٥٣] فسطاط: الخيمة العظيمة، فكان أعظم من الخباء. (العناية) أقرب الأخبية: قيل: هذا إذا نزلوا قبائل متفرقين، أما إذا نزلوا مختلطين، فالدية والقسامة عليهم. (العناية) قتالاً: يجوز أن يكون حالاً أي مقاتلين، ويجوز أن يكون مفعولاً مطلقاً؛ لأن لقوا في معنى المقاتلة، وأن يكون مفعولاً له أي للقتال. [العناية ٩/٣٢٠-٣٢١] أن العدو قتلَه: ولهذا كان شهيداً؛ إذ الظاهر أن الإنسان بعد الالتقاء إنما يقتل من يعاديه، لا من يؤازره، وإنما أوجبنا القسامة والدية على أهل الحلة باعتبار نوع من الظاهر، وقد عدم ههنا، بخلاف ما إذا اقتتل الفريقان من المسلمين غضبة كالكلاباذي والدروازي ببخارى؛ إذ ليس في إضافة القتل إلى العدو حمل أمر المسلمين على الصلاح؛ إذ الفريقان مسلمان، فبقي حال القتل مشكلاً، فتحجب القسامة والدية على أهل المكان كذا في "المبسوط". [الكفاية ٩/٣٢١]

ما بيناه: يعني إذا لم يقاتلوا عدوًّا، فإن وجد في خِباء، أو فسطاط، فعلى من يسكنها، وإن كان خارجاً، فعلى أقرب الأخبية؛ لأن ذلك الموضع في يد أقرب أهل أخصية. [الكفاية ٩/٣٢١] للأرض: التي أقام فيها العسكر. وقد ذكرناه: إشارة إلى ما ذكر عند قوله: ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند أبي حنيفة رحمته، وهو قول محمد رحمته، وقال أبو يوسف رحمته: هو عليهم جميعاً. (العناية) قتلَه فلان: يعني لا تسقط اليمين عنه بقوله: قتلَه فلان. (العناية) صار إلخ: أي غاية ما في الباب أنه استثنى عن عيمته حيث قال: قتلَه فلان. [الكفاية ٩/٣٢١]

فيحلف عليه. قال: وإذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل: لم تقبل ^{المستحلف القدوري} شهادتهما، وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: تقبل؛ لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء، وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم، فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة. وله: أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم، فلا تقبل شهادتهم، وإن خرجوا من جملة الخصوم كالوصي إذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد، قال رحمته الله: **وعلى الأصلين هذين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس.** فلا تقبل شهادته

فيحلف عليه: حاصله: أن لا يسقط عنه اليمين بقوله: قتله فلان؛ لأن هذا لا يبقى أن يكون للمقر شريك معه في القتل، أو يكون غير شريك معه، فإذا كان كذلك يحلف على أنه ما قتله، ولا عرف قاتلاً غيره. [البنية ١٣/٣٥٥] **بعرضية:** وجاء العرضة بمعنى الاعتراض في الخير والشر كذا في "منتهى الأرب". **كالوكيل:** تقبل شهادته في تلك الحادثة. **وعلى الأصلين:** يعني الأصلين المجمع عليهما، أحدهما: أن كل ما انتصب خصماً في حادثة، ثم خرج من كونه خصماً لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالإجماع كالوكيل إذا خاصم، ثم عزل، والثاني: إذا كانت لرجل عرضية أن يصير خصماً، ثم بطلت تلك العرضية، فشهد، قبلت شهادته بالإجماع، وأبو حنيفة رحمته الله جعل ما نحن فيه من الأصل الأول؛ لأنهم صاروا في هذه الحادثة؛ لوجود القتل بين أظهرهم، فإنه السبب الموجب للقسامة والدية، قال عمرو: أنا أغرمكم الدية؛ لوجود القتل بين أظهركم، وبدعوى الولي القتل على غير أهل المحلة لا يتبين أن هذا السبب لم يكن، ولكن خرجوا بذلك عن كونهم خصماً، وهما جعلاه من الأصل الثاني؛ لأنهم إنما يكونون خصماء لو ادعى الولي القتل عليهم، فإذا ادعى على غيرهم زالت العرضية، فتقبل شهادتهم. [العناية ٩/٣٢٢]

يتخرج إلخ: أما على الأصل الأول: فمسألة الوكيل إذا خاصم في مجلس الحكم، ثم عزل كما مر، والوصي في حقوق اليتيم خاصم، أو لم يخاصم. وأما على الأصل الثاني: فمسألة الشفيعين إذا شهدا على المشتري بالشراء، وهما لا يطلبان الشفعة تقبل؛ لأنهما ما صارا خصمين، بل صارا بعرضة ذلك، ولا تقبل شهادتهما بعد الطلب بصيرورتهما خصمين.

قال: ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه، فشهد شاهدان من أهلها عليه: ^{المحلة} لم تُقبل الشهادة؛ لأن الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه، والشاهد يُقطعها عن ^{الخصومة} نفسه، فكان متهماً. وعن أبي يوسف رحمته الله أن الشهود يحلفون بالله ما قتلناه، ولا يزدادون على ذلك؛ لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل. قال: ومن جرح في قبيلة، فنُقل إلى أهله، فمات من تلك الجراحة، فإن كان صاحب فراشٍ حتى مات: فالقسامة والدية على القبيلة، وهذا قول أبي حنيفة رحمته الله. وقال أبو يوسف رحمته الله: لا قسامة، ولا دية؛ لأن الذي حصل في القبيلة، أو المحلة ما دون النفس، ولا قسامة فيه، فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش. وله: أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلاً، ولهذا وجب القصاص، فإن كان صاحب فراش أضيف إليه، وإن لم يكن احتمال أن ^{ومات بعده} يكون الموت من غير الجرح، فلا يلزم بالشك. ولو أن رجلاً معه جريح به رمق ^{بقية الروح} حمله الإنسان إلى أهله، فمكث يوماً، أو يومين، ثم مات: لم يضمن الذي حمله إلى أهله في قول أبي يوسف رحمته الله، وفي قياس قول أبي حنيفة رحمته الله: يضمن؛

ما بيناه: إشارة إلى ما ذكر من مسألة، وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه في بيان الفرق بقوله: وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم، فتعينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الأمر. (العناية) فكان متهماً: فلا تقبل شهادته. (البنية) على ذلك: أي على قولهم: ما قتلناه. [البنية ١٣/٣٥٦] ومن جرح: يعني ولم يعلم الجراح؛ لأنه لو علم سقط القسامة، بل فيه القصاص على الجراح إن كان عمداً، والدية على العاقلة إذا كان خطأ. [العناية ٩/٣٢٢] فإن كان صاحب إرح: أي لو صار الجروح صاحب فراش حين جرح في تلك القبيلة، ثم نقل إلى أهله، فمات، وإنما قيد به؛ لأنه لو كان صحيحاً يجيء ويذهب حين جرح، ثم مات في أهله، فلا شيء فيه كذا في "المبسوط". [الكفاية ٩/٣٢٢-٣٢٣]

لأن يده بمنزلة المحلة، فوجوده جريحاً في يده كوجوده فيها، وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسألة القبيلة. ولو وجد رجل قتيلاً في دار نفسه، فديته على عاقلته؛ لورثته عند أبي حنيفة رحمته الله. وقال أبو يوسف ومحمد وزفر رحمته الله: لا شيء فيه؛ لأن الدار في يده حين وجد الجريح، فيجعل كأنه قتل نفسه، فيكون هدرأ. وله: أن القسامة إنما تجب بناءً على ظهور القتل، ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك، من العاقلة ظهور القتل

فيما قبله من مسألة إلخ: وهو من جرح في قبيلة، وفي "المبسوط": بعد ما ذكر مسألة القبيلة، وعلى هذا التخريج إذا وجد على ظهر إنسان يحمله إلى بيته، فمات بعد يوم أو يومين، فإن كان صاحب فراش حتى مات، فهو على الذي يحمله كما لو مات على ظهره، وإن كان يذهب ويحيي، فلا شيء على من حمله، وفي قول أبي يوسف رحمته الله: لا شيء عليه في الوجهين. [الكفاية ٣٢٣/٩]

فديته على عاقلته إلخ: اعلم أن المصنف رحمته الله قال: فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة رحمته الله، ثم قال في دليله: وحال ظهور القتل الدار للورثة، فيجب على عاقلتهم، وفيه تناقض ظاهر، ومخالفة بين الدليلين والمذلول، ودفع ذلك بأن يقال: عاقلة الميت، إما أن تكون عاقلة الورثة، أو غيرهم، فإن كان الأول كان الدية على عاقلة الميت، وهم عاقلة الورثة، فلا تنافي بينهم، وإن كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة، ولما كان كل واحد منهما ممكناً أشار إلى الأول في حكم المسألة، وإلى الثاني في دليلها، وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله: فديته على عاقلته مضاف أي على عاقلة ورثته. [العناية ٣٢٣/٩-٣٢٤]

لا شيء فيه: يعني يهدر دمه، وبه قال الشافعي ومالك رحمته الله. [البنية ٣٥٨/١٣]

وله أن القسامة إلخ: ثم اعلم بأنه وضع مثل ذلك في ذكره الدية في الحكم، والقسامة في دليل أبي حنيفة رحمته الله إشارة إلى أن القسامة واجبة عليهم وجوب الدية، وهو اختيار بعض المشايخ، فإن القسامة لم تذكر في الأصل، واختلف المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول أبي حنيفة رحمته الله، فمنهم من قال: لا تجب؛ لأنها تختص بمن يعلم بحال القتل، وليس ههنا من يعلمه، فلا تلزم القسامة، ومنهم من قال: تجب؛ لجواز أن يكون جماعة اتفقوا على قتله، فقتلوه في داره، فيكون ثمة من يعلم بحاله، واختاره المصنف واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية؛ لأن وجوبها يستلزم وجوب الدية. [العناية ٣٢٤/٩]

وحال ظهور القتل الدار للورثة، فتجب على ^{الدية} عاقلتهم، بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلاً في دار نفسه؛ لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه، فيصير كأنه قتل نفسه، فيهدر دمه. ولو أن رجلين كانا في بيت، وليس معهما ثالث، فوجد أحدهما مذبحاً، قال أبو يوسف رحمته الله: يضمن الآخر الدية، وقال محمد رحمته الله: لا يضمنه؛ لأنه يحتمل أنه قتل نفسه، ويحتمل أنه قتله الآخر، فلا يضمنه بالشك. ولأبي يوسف رحمته الله: أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه، فكان التوهم ساقطاً كما إذا وجد قتيل في محلة. ولو وجد قتيل في قرية لامرأة، فعند أبي حنيفة ومحمد رحمتهما الله القسامة عليها تكرر عليها الأيمان، والدية على عاقلتها: أقرب القبائل إليها في النسب. وقال أبو يوسف رحمته الله: القسامة على العاقلة أيضاً؛ لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة، والمرأة ليست من أهلها، فأشبهت الصبي. ولهما: أن القسامة لنفي التهمة، وتهمة القتل من المرأة متحقة، قال المتأخرون: إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة؛ ^{من مشايخنا} في تحمل الدية

بقيت: بقاء عقد الكتابة بعد ما وجد هو قتيلاً فيه. فيهدر دمه: لأن الكتابة لا تنفسخ إذا مات وله مال، بل يقضى ما عليه منه، فإذا كانت الدار له حين ظهور قتله جعل قاتلاً نفسه تقديراً؛ لقيام ملكه والحر حال ظهور قتله انتقل منه ملكه إلى ورثته، فلم يجعل قاتلاً نفسه تقديراً لزوال ملكه. [البنية ٣٥٩/١٣] وجد قتيل إلخ: يعني أنه توهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر، فذلك ههنا. [العناية ٣٢٤/٩] تكرر إلخ: وموضوع المسألة فيما إذا وجد القتل في دار امرأة في مصر ليس فيه من عشرتها أحد، أما إذا كانت عشرتها حضوراً تدخل معها في القسامة. [الكفاية ٣٢٥/٩] متحقة: لأنه في حق العاقلة؛ لأنهم لم يكونوا في القرية، فيلزمها القسامة. (البنية) هذه المسألة: قيد بقوله: في هذه المسألة؛ لأنها لا تدخل في غير هذه المسألة على ما يجيء في العاقلة. [البنية ٣٦٠/١٣]

لأننا أنزلناها قاتلة، والقاتلُ يشارك العاقلة. ولو وُجد رجل قتيلاً في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحبُ الأرض من أهلها قال: هو على صاحب الأرض؛ لأنه أحقُّ بنصرة أرضه من أهل القرية.

لأننا أنزلناها إلخ: أي أنها نزلت قاتلة تقديراً حيث دخلت في القسامة، فكما دخلت فيها دخلت في العقل أيضاً، بخلاف غيرها من الصور، فإنها لا تدخل فيه في القسامة، بل تجب على الرجال، فلا تدخل في العقل أيضاً. (العناية) يشارك العاقلة: لأنه حيث وجبت الدية على غير المباشر، فعلى المباشر أولى أن يجب جزء منها. (مجمع الأنهر) هو: أي وجوب القسامة والدية. [البنية ٣٦١/١٣] لأنه أحق إلخ: لأن الحفظ والتدبير في الأرض إلى صاحب الأرض لا إلى أهل القرية. [العناية ٣٢٥/٩]

كتاب المعاقل

المعاقل: جمع مَعْقَلَة، وهي الدِيَّة، وتسمى الدية عقلاً؛ لأنها تَعْقِلُ الدماء من أن تُسْفَكَ أي تَمْسُك. قال: والدِيَّةُ في شبه العمد والخطأ، وكلُّ دية تجب بنفس القتل ^{تفسير تعقل القدوري} على العاقلة، والعاقلة الذين يَعْقِلُونَ يعني: يُوَدُّونَ الْعَقْلَ، وهو الدية، وقد ذكرناه في الديات. والأصل في وجوبها على العاقلة قوله ﷺ في حديث حمل بن مالك ^{الدية} للأولياء: "قوموا فدوه"،* ولأن النفس محترمة لا وجه إلى الإهدار، والخاطئ معذور، وكذا الذي تولى شبه العمد؛ نظراً إلى الآلة،

كتاب المعاقل: ولما كان موجب القتل الخطأ، وما في معناه الدية على العاقلة، فلم يكن من معرفتها بد فذكرها وأحكامها في هذا الكتاب. [العناية ٣٢٥/٩-٣٢٦] المعاقل: ما مر كان بياناً للديات، وهذا بيان لمن تجب عليه الديات بأنواعهم وأحكامهم، وهم العواقل كذا في "الشرنبلالية"، فالكلام ههنا على حذف المضاف، والتقدير كتاب أهل المعاقل، وهم العواقل، وهذه المساحة قد ابتلى بها الأكثرون. بنفس القتل: أي ابتداء، احتراز عما يجب الدية على القاتل في القتل العمد بسبب الصلح، وبسبب الأبوة، فهي في مال القاتل لا على العاقلة. (النهاية) يؤدون العقل: يقال: عقلت القتيل أي أعطيت ديته، وعقلت عن القاتل أي أدبت عنه ما لزمه من الدية. وقد ذكرناه: يعني الدية بتأويل العقل. [العناية ٣٢٦/٩] في حديث حمل إ.خ: وكان له ضرطان، فضربت إحداهما الأخرى بمسطح خيمة، فألقت جنيئاً ميتاً، قال النبي ﷺ لأولياء الضاربة: "قوموا فدوه"، فقال أخوها عمران بن عويم الأسلمي أندى من لا صاح، ولا استهل، ولا شرب، ولا أكل، ومثل دمه بطل، فقال ﷺ: "اسجع كسجع الكهان قوموا فدوه". [الكفاية ٣٢٦/٩]. إلى الإهدار: أي إلى الإسقاط؛ لأنه ليس في الإسلام دم مهدر. (البناء) الذي تولى إ.خ: وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى قتله. [العناية ٣٢٦/٩] نظراً إلى الآلة: لأن آله ليست بموضوعة للقتل فكان في معنى الخطأ. [البناء ٣٦٣/١٣]

* تقدم في باب الجنين، وتقدم ما هو أقوى منه وأصرح في اللفظ. [نصب الراية ٣٩٧/٤]

فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه، وفي إيجاب مال عظيم إحجافه واستئصاله، فيصير عقوبة، فضم إليه العاقلة تحقيقاً للتخفيف، وإنما خصوا بالضم؛ لأنه إنما قصر لقوة القتال فيه، وتلك بأنصاره، وهم العاقلة، فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته، فخصوا به. قال: والعاقلة أهل الديوان إن كان القتال من أهل الديوان: يؤخذ من عطاياهم في القدرى ثلاث سنين، وأهل الديوان أهل الرايات، وهم الجيش الذين كتبت أساميتهم في الديوان، وهذا عندنا. وقال الشافعي رحمته الله: الدية على أهل العشيرة؛ لأنه كان كذلك على عهد رسول الله صلوات الله عليه، * ولا نسخ بعده،

عليه: أي على كل واحد من الخاطئ، والقاتل بشبهة العمد. لأنه إنما قصر [يعني أن القاتل إنما قصر حالة الرمي في الثبوت والتوقف. (العناية ٣٢٦/٩)] إلخ: لأن مثل هذا الفعل لا يكون إلا بضرب استهانة وقلة مبالاة، وتقصير في التحرز، وإذا إنما يكون بقوة يجدها المرء في نفسه بكثرة أعوانه وأنصاره، وإنما تنصره عاقلته، فخصوا به. [الكفاية ٣٢٦/٩] لقوة فيه: أي قصر الضارب في ترك الثبوت والتوقف باعتبار أنه يتعزز بالعاقلة، فلأجل ذلك ترك المبالغة في النظر وقت الرمي، فيجب على العاقلة. أهل الديوان إلخ: الديوان: الجريدة من دون الكتب إذا جمعها؛ لأنها قطع من القرايطيس مجموعة، ويروى أن عمر رضي الله عنه أول من دون الدواوين أي رتب الجرائد للولاة والقضاة، ويقال: فلان من أهل الديوان أي ممن أثبت اسمه في الجريدة. (العناية) الديوان: مجتمع الصحف والكتاب يكتب فيه أهل العطية والجيش كذا في "القاموس". من عطاياهم: أي من ثلث عطاياهم، العطاء اسم ما يعطى، والجمع أعطية، والعطايا جمع عطية، وهو بمعنى العطاء. [العناية ٣٢٦/٩] أهل العشيرة: وهم العصابات، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم، وكل من عدا العصبة ليس من العاقلة. [البنية ٣٦٤/١٣] بعده: أي بعد النبي صلوات الله عليه؛ لأنه لا يكون إلا بوحى على لسان نبي، ولا نبي بعده. (البنية)

* روى ابن أبي شيبة في "مصنفه" حدثنا حفص عن حجاج عن مقسم عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: كتب رسول الله صلوات الله عليه كتاباً بين المهاجرين والأنصار أن يعقلوا معاقلمهم، وأن يقدوا عانيهم بالمعروف، والإصلاح بين المسلمين. [رقم: ٧٦٢٧ ٣١٨/٩، باب العقل على من كان]

فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين، أو أقل: أخذَ منها؛ **لحصول المقصود**، وتأويله: إذا كانت العطايا للسنين المستقبلية بعد القضاء، حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء، ثم خرجت بعد القضاء: لا يؤخذ ^{بالدية} منها؛ لأن الوجوب بالقضاء على ما نبين إن شاء الله تعالى، ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة، معناه في المستقبل: يؤخذ منها كلُّ الدية؛ لما ذكرنا، وإذا كان جميعُ الدية في ثلاث سنين، فكلُّ ثلث منها في سنة، وإن كان الواجبُ بالعقل ثلث دية النفس، أو أقل: كان في سنة واحدة، وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية،

في أكثر: مثل أن تخرج عطاياهم الثلاث في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سلس الدية. (العناية) **لحصول المقصود**: [وهو التفريق على العطايات] يعني أن المقصود أن يكون المأخوذ منهم من الأعطية، وذلك يحصل بالأخذ من عطاياهم، سواء كانت في أكثر من ثلاث سنين، أو في أقل منها. (العناية) وتأويله: أي تأويل كلام القدوري رحمته الله، فإنه أطلق ذكر السنين، وإنما يؤخذ منهم في ثلاث سنين بعد القضاء، فيكون المراد ثلاث سنين في المستقبل، فلا بد من التأويل. [العناية ٣٢٧/٩]

لأن الوجوب بالقضاء: لأن من عليه غير معلوم؛ لأن في العاقلة كلاماً، فلا يتعين إلا بالقضاء، فلهذا لم يؤخذ من العطايا للسنين الماضية قبل القضاء، وإن خرجت بعد القضاء. (الكفاية) على ما نبين إلخ: إشارة إلى قوله: وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية؛ لأن الواجب الأصلي المثل، والتحول إلى القيمة بالقضاء، فيعتبر ابتداءها من وقته. [الكفاية ٣٢٧/٩] ولو خرج إلخ: حاصله: أنه إذا خرجت للعاقلة ثلث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منهما كل الدية؛ لوجود محل أداء الدية، فلا فائدة في التأخير، وإذا خرجت في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سلس الدية؛ إذ المقصود أن يكون المأخوذ من الأعطية، إلا من أصول أموالهم، وذلك يحصل بالأخذ من عطاياهم في ثلاث سنين، أو أقل منها، أو أكثر. للقاتل: أي مع عواقله لا للقاتل فقط.

لما ذكرنا: إشارة إلى قوله: لأن الوجوب بالقضاء. [العناية ٣٢٧/٩] في سنة: أي فيؤخذ كل ثلث من الدية في سنة واحدة. (البنية) بالعقل: أي من الجنائيات فيما دون النفس. [البنية ٣٦٨/١٣] أقل: من ثلث دية النفس.

وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة، وما وجب على العاقلة من الدية، أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمداً: فهو في ماله في ثلاث سنين. وقال الشافعي رحمته الله: ما وجب على القاتل في ماله، فهو حالاً؛ لأن التأجيل للتخفيف؛ لتحمل العاقلة، فلا يلحق به العمد المحض، ولنا: أن القياس يأباه، والشرع ورد به مؤجلاً، فلا يتعداه، إيجاب المال ولو قتل عشرة رجالاً خطأ: فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين؛ اعتباراً للجزء بالكل؛ إذ هو بدل النفس، وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية؛ لأن الواجب الأصلي المثل، والتحول إلى القيمة بالقضاء، فيعتبر ابتداءها الدية من وقته كما في ولد المغرور. قال: القُدوري ومن لم يكن من أهل الديوان: فعاقلته قبيلته؛ القضاء

في ثلاث إلخ: أي الواجب على القاتل كالواجب على العاقلة حتى يجب في ثلاث سنين، وذلك مثل الأب إذا قتله ابنه عمداً، أو انقلب القصاص بالشبهة مالا. أن القياس يأباه: أي القياس يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه؛ لأن القياس من حجج الشرع، وهي لا تتناقض، والشرع ورد به أي بإيجاب المال مؤجلاً في الخطأ، فلا يتعداه. [العناية ٣٢٨/٩] فلا يتعداه: أي فلا يتعدى الذي يوجب الشرع. [البنية ٣٦٨/١٣] بالدية: لا من وقت القتل. الواجب الأصلي إلخ: لأن ضمان المتلفات إنما يكون بالمثل بالنص، ومثل النفس النفس إلا أنه إذا رفع إلى القاضي، وتحقق العجز عن استيفاء النفس؛ لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق إلى القيمة بالقضاء، فيعتبر ابتداءها من وقته أي من وقت القضاء كما في ولد المغرور، فإن قيمته إنما تجب بقضاء القاضي. وإن كان رد عينه قبل القضاء متعذراً، لكن جعل الواجب رد العين، وتحول إلى القيمة بالقضاء؛ لما تحقق العجز عن رد العين، ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن المغرور شيئاً، وهذا هو الموعود من قبل بقوله: لأن الوجوب بالقضاء على ما نبين. [العناية ٣٢٩/٩]

ولد المغرور: وهو الذي وطأ امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح، فولدت ولداً ثم استحققت؛ حيث يكون ولدها حراً بالقيمة يوم الخصومة، وهو يوم القضاء. [البنية ٣٦٩/١٣]

لأن نصرته بهم، وهي ^{النصرة} **المعتبرة في التعاقل**. قال: ^{القدوري} وتُقسَمُ عليهم في ثلاث سنين لا يزداد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة، وينقص منها، قال ^{القبيلة} رضي الله عنه: كذا ذكره القدوري في "مختصره"، وهذا إشارة إلى أنه يزداد على أربعة من جميع الدية، وقد نص محمد ^{الأربعة} ﷺ على أنه لا يزداد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة، فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم، أو درهمٌ وثلثُ درهم، وهو الأصح. قال: وإن ^{القدوري} لم يكن تتسع القبيلة لذلك: ضُمَّ إليهم أقرب القبائل، معناه: نسباً، كل ذلك لمعنى التخفيف، ويضم الأقرب، فالأقرب على ترتيب العصابات: الإخوة ثم بنوها، ثم الأعمام ثم بنوهم،

في التعاقل: لأن الدية كانت على القبيلة في عهد النبي ﷺ، وإنما فعلها عمر ^{عليه السلام} إلى أهل الديوان لمعنى التناصر، فلما لم يكن الجاني من أهل الديوان أقر الحكم على الأصل. [البنية ٣٦٩/١٣] وهذا: أي قول القدوري ﷺ لا يزداد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة، وينقص منها إشارة إلى أنه يجوز أن يزداد على أربعة من جميع الدية، فإذا أخذ من كل واحد منهم في كل سنة ثلاثة، أو أربعة دراهم، كان من جميع الدية تسعة، أو اثني عشر، وليس كذلك، فإن محمداً ^{عليه السلام} نص على أنه إلخ. [العناية ٣٢٩/٩] وهو الأصح: أي الذي قاله محمد هو الأصح. [البنية ٣٦٩/١٣]

ضم إليهم: قالوا: هذا الجواب إنما يستقيم في حق العرب؛ لأن العرب حفظت أنسابهم، فأمكننا إيجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب، وأما في حق العجمي فلا يستقيم؛ لأن العجم ضيعوا أنسابهم، فلا يمكننا إيجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل نسباً، فبعد ذلك اختلف المشايخ ^{عليهم السلام}، فقال بعضهم: يعتبر الحال، والقرى الأقرب فالأقرب، وقال بعضهم: يجب الباقي في مال الجاني. [العناية ٣٢٩/٩-٣٣٠] لمعنى التخفيف: يعني طلباً للتخفيف في حقهم. [البنية ٣٧٠/١٣]

ثم بنوهم: صورته: إذا جنى واحد من أولاد الحسين مثلاً يكون موجب الجناية عليهم وإن لم تتسع هذه القبيلة لذلك ضم إليها قبيلة الحسن، ثم بنوهم، فإن لم تتسع هاتان القبيلتان لذلك تضم إليهما قبيلة عقيل، ثم بنوهم. [الكفاية ٣٢٩/٩-٣٣٠]

وأما الآباء والأبناء، فقليل: يدخلون؛ لقربهم، وقيل: لا يدخلون؛ لأن الضمّ لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة، أو أربعة، وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة، والآباء والأبناء لا يكثرون، وعلى هذا حكم الرايات إذا لم يتسع لذلك أهل راية ضمّ إليهم أقرب الرايات يعني: أقربهم نصرة؛ إذ حزبهم أمر الأقرب فالأقرب، ويفوّض ذلك إلى الإمام؛ لأنه هو العالمُ به، ثم هذا كله عندنا، وعند الشافعي رحمته الله: يجب على كل واحد نصف دينار، فيسوي بين الكل؛ لأنه صلة، فيعتبر بالزكاة، وأدناها ذلك؛ إذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار، ولكننا نقول: فإن الزكاة صلة هي أخط رتبة منها، ألا ترى أنه لا تؤخذ من أصل المال، نصف دينار الصحة العقل الدية

الآباء: أي آباء القبائل وأبناؤه. لا يكثرون [أي بالنسبة إلى الأقارب والقبائل الإخوة ونظائرهم]: أقول: فيه كلام، وهو أن عدم كثرة الآباء مسلم، وأما عدم كثرة الأبناء ككثرة الإخوة، فممنوع، كيف وإخوته أبناء أبيه، فإذا جاز أن يكثر أبناء أبيه، فلم لا يجوز أن يكثر أبناء نفسه. [نتائج الأفكار ٣٣٠/٩]

حكم الرايات: يعني إذا كان القاتل من أهل الديوان فعاقلته من أهل الولاية. [البنية ٣٧١-٣٧٠/١٣]

فالأقرب: يعني يقدم الأقرب فالأقرب. (البنية) ذلك: يعني تقدم الأقرب فالأقرب. [البنية ٣٧١/١٣]

يجب على كل إلخ: أي عند الشافعي رحمته الله ما يقضى به على كل واحد منهم لا يكون أقل من نصف دينار، أو خمسة دراهم؛ لأنها صلة واجبة شرعاً، فيعتبر بالزكاة، وأدنى ما يجب في الزكاة نصف دينار، أو خمسة دراهم. [الكفاية ٣٣٠/٩] فيسوي بين الكل: يعني الآباء والأبناء وغيرهم؛ لأنه صلة؛ لأنه يجب على العاقلة على سبيل المواساة. [العناية ٣٣٠/٩] صلة: وهي ما يجب من غير عوض.

فيعتبر: أي فيعتبر الشافعي رحمته الله القتل. (البنية) دراهم: وهي تجب في مائتي درهم. ولكننا نقول إلخ: أي لنا أن الإيجاب عليهم للتخفيف على القاتل، وذا في القليل دون الكثير، وهذه صلة واجبة، أمروا بأدائها على وجه التبرع، فلا يبلغ مقدارها الواجب من الزكاة، بل ينقص من ذلك، ألا ترى أنها لا تجب في أصول أموالهم، وإنما تجب فيما هو صلة تحقيقاً للتخفيف. [الكفاية ٣٣٠/٩]

فيتنقص منها تحقيقاً لزيادة التخفيف. ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق: ^{الركاة} يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث؛ لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه؛ إذ كل منهما صلة من بيت المال، ثم ينظر إن كان ^{العطاء} أرزاقهم تخرج في كل سنة: فكلما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء، وإن ^{العطاء} كان يخرج في كل ستة أشهر، ^{الرزق} وخرج بعد القضاء: يؤخذ منه سدس الدية، وإن كان يخرج في كل شهر: يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر، حتى يكون المستوفي في كل سنة مقدار الثلث، وإن خرج بعد القضاء بيوم، أو أكثر: أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر، وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر، وأعطية في كل سنة: فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق؛ لأنه أيسر، إما لأن الأعطية أكثر، أو لأن الرزق لكفاية ^{من الأرزق} الوقت، فيتعسر الأداء منه، والعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة، فيتيسر عليهم.

لزيادة التخفيف: في حق العاقلة، فلم يكن تعليله حجة علينا. (البنية) أصحاب الرزق إلخ: قيل: الفرق بين العطية والرزق: أن العطية ما يفرض للمقاتلة، والرزق ما يجعل للفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة. [العناية ٣٣٠/٩] بعد القضاء: أي بعد حكم القاضي بذلك. [البنية ٢٧٢/١٣] يؤخذ: أي يؤخذ الدية بحصتها من الشهر من كل رزق. بحصته: أي سلس السلس. [الكفاية ٣٣٠/٩] الشهر: أي بحصة يوم، أو أكثر من الشهر. وأعطية: والعطاء ما فرض لإنسان في بيت المال كل سنة لا بقدر الحاجة، بل بصيره وعنايه، والرزق ما يفرض في بيت المال بقدر الحاجة والكفاية مشاهرة أو، مياومة كذا في الدر المختار وغيره، وفي "نتائج الأفكار" ناقلاً من "المغرب" أن العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة أو مرتين، والرزق ما يخرج له كل شهر. الوقت: والأخذ منه يؤدي إلى الإضرار بهم. بالنصرة: يعني متى احتيج إليها. (البنية) فيتيسر عليهم: لأنه لا يحصل الضرر لهم بذلك. [البنية ٣٢٧/١٣]

قال: وأدخل القاتل مع العاقلة: فيكون فيما يؤدي كأحدهم؛ لأنه هو الفاعل،
 فلا معنى لإخراجه، ومؤاخذه غيره، وقال الشافعي رحمته الله: لا يجب على القاتل شيء من
 الدية؛ اعتباراً للجزء بالكل في النفي عنه، والجامع كونه معذوراً. قلنا: إيجاب الكل
 إحجاف به، ولا كذلك إيجاب الجزء، ولو كان الخاطئ معذوراً، فالبريء عنه أولى،
 قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَرِثُوا زَوَاجَهُمْ وَزَرَّهُمْ أُخْرَى﴾ وليس على النساء والذرية ممن كان له
 حظ في الديوان عقل؛ لقول عمر رضي الله عنه: "لا يعقل مع العاقلة صبي، ولا امرأة"،*
 ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته، والناس لا يتناصرون
 بالصبيان والنساء، ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة، وهو الجزية،
 وعلى هذا لو كان القاتل صبيًا، أو امرأة: لا شيء عليهما من الدية، بخلاف الرجل؛

وأدخل القاتل إلخ: أي إذا كان من أهل العطاء في الديوان، وأما إذا لم يكن من أهل العطاء، فلا يجب
 عليه شيء من الدية عندنا أيضاً. [الكفاية ٣٣١/٩] اعتباراً للجزء إلخ: لأن الحكم حول إلى العاقلة
 فلا تبقى عليه، ولهذا لا يجب الكل عليه، فلا يجب الجزاء أيضاً اعتباراً للجزء بالكل. [البنية ٣٢٧/١٣]
 أولى: لأن العاقلة لم يتلوثوا بالدم؛ لأنهم براء عن الجناية، وكان الوجوب على غير البريء أولى. (البنية)
 والذرية: أراد بالذرية: من لم يبلغ، والذرية أولاد الأولاد في اللغة مأخوذة من الذر، وهو صغار
 النمل. [البنية ٣٧٣/١٣] لا شيء عليهما: هذا يخالف ما ذكر قبيل المعادل من اختيار المتأخرين أن المرأة تدخل
 في التحمل مع العاقلة، إلا أن ذلك ليس بأصل الرواية، وإنما هو اختيار بعض المتأخرين، وما ذكره هنا هو اختيار
 الطحاوي، وهو الأصح، وهو أصل رواية محمد رحمته الله. [الكفاية ٣٣٢/٩] بخلاف الرجل: حيث يجب عليه مع
 العاقلة. [البنية ٣٧٤/١٣]

* غريب. [لأن نصب الراية ٣٩٩/٤] وقال الأتراري: وقد روى عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: لا يعقل
 مع العاقلة صبي، ولا امرأة، كذا في شرح "الكافي". [البنية ٣٧٣/١٣]

لأن وجوبَ جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحدُ العوالم؛ لأنه ينصر نفسه، وهذا لا يوجد فيهما، والفرضُ لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبي ﷺ. ولا يعقل أهلُ مصرٍ عن مصرٍ آخر، يريد به أنه إذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة؛ لأن التناصر بالديوان عند وجوده، ولو كان باعتبار القرب في السكنى، فأهل مصره أقرب إليه من أهل مصر آخر. ويعقل أهلُ كل مصر من أهل سوادهم؛ لأنهم أتباع لأهل مصر، فإنهم إذا حز بهم أمرٌ استنصروا بهم، فيعقلهم أهل قريها. والمصر باعتبار معنى القرب في النصر. ومن كان منزله بالبصرة، وديوانه بالكوفة: عقل عنه أهل الكوفة؛ لأنه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه. والحاصل: أن الاستنصار بالديوان أظهر، فلا يظهر معه حكم النصره بالقرابة، والنسب، والولاء، وقرب السكنى وغيره، وبعد الديوان النصره بالنسب على ما بيناه، وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل. ومن جنى جنايةً من أهل مصر، وليس له في الديوان عطاء، وأهل البادية أقربُ إليه، ومسكنه المصر: عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر،

وهذا: أي نصر النفس أو منعه من غيره. (البنية) والفرض لهما إلخ: جواب عما يقال: فرض الإمام لنساء الغزاة وذرائعهم من العطاء، والعطاء إنما يدفع بنصرة أهل الإسلام كما في حق الغزاة، ثم الغزاة عواقل لغيرهم، فكذا النساء. [البنية ٣٣٣/٩] للمعونة إلخ: هذا جواب إشكال، وهو أن يقال: العطاء إنما يدفع لنصرة أهل الإسلام كما في حق الغزاة، ثم الغزاة تكون عواقل لغيرهم، فكذا النساء، فأجاب أن العطاء إنما يدفع للتناصر، والفرض للصبيان في الديوان باعتبار المعونة لا باعتبار النصره أي باعتبار معونة الإمام للصبي والمرأة. [الكفاية ٣٣٢/٩] ولا يعقل إلخ: هذه من مسائل "الأصل". [البنية ٣٧٤/١٣] ما بيناه: أشار به إلى قوله: ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته. [البنية ٣٧٥/١٣]

ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة، قيل: هو صحيح؛ لأن الذين يَذُبُّونَ ^{محمد ﷺ} عن أهل المصر، ويقومون بنصرتهم، ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر، ولا يَخْصُونُ به أهل العطاء. وقيل: تأويله: إذا كان قريباً لهم، وفي الكتاب ^{بالدفع} إشارة إليه حيث قال: وأهل البادية أقرب إليه من أهل المصر؛ وهذا لأن الوجوب ^{لأهل الديوان} ^{ذقرابة} عليهم بحكم القرابة، وأهل المصر أقرب منهم مكاناً، فكانت القدرة على النصرة لهم، وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة. ولو كان البدوي نازلاً في المصر لا مسكن له فيه: ^{المصر} لا يعقله أهل المصر؛ لأن أهل العطاء لا ينصرون مَنْ لا مسكن له فيه كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم؛ لأنه لا يُسْتَنْصَرُ بهم. وإن كان لأهل الذمة عواقلٌ معروفة يتعاقلون بها، فقتل أحدُهم قتيلاً، فديته على عاقلته بمنزلة ^{من أهل الذمة} المسلم؛ لأنهم التزموا أحكام الإسلام في المعاملات لاسيما في المعاني العاصمة عن الإضرار، ومعنى التناصر موجود في حقهم.

هو صحيح: الضمير راجع إلى قوله: لم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة. [العناية ٣٣٣/٩] من أهل المصر: بيان لقوله: أهل الديوان أي أهل الديوان الذين هم من أهل المصر. [العناية ٣٣٣/٩] ولا يَخْصُونُ به إلخ: أي لا يَخْصُونُ بالنصرة أهل العطاء فقط، بل ينصرون أهل المصر كلهم، وقيل: إذا لم يكن ذا قريباً لهم لا يعقلونه، وإنما يعقلونه إذا كان قريباً لهم.

تأويله: أي تأويل قول من قال بعدم الاشتراط المذكور. (البنية) وصار نظير إلخ: أي صار كصغيرة لها وليان، أحدهما أقرب، وهو غائب غيبة منقطعة، فإن ولاية الإنكاح إلى الأبعد الحاضر؛ لأنه أقدر على إقامة مصالحها، وههنا أهل المصر أقرب مكاناً، فكانوا أقلر على النصرة من أهل البادية، وإن كانوا أقرب نسباً. [الكفاية ٣٣٣/٩] المعاني العاصمة إلخ: كحد السرقة، والقذف، والقصاص، ووجوب الدية. [البنية ٣٧٦/١٣]

وإن لم تكن لهم عاقلة معروفة: فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه
 كما في حق المسلم؛ لما بينا أن الوجوب على القاتل، وإنما يتحول عنه إلى العاقلة أن
 لو وجدت، فإذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرئين مسلمين في دار الحرب قتل
 أحدهما صاحبه: يقضي بالدية عليه؛ لأن أهل دار الإسلام لا يعقلون عنه، وتمكنه
 من هذا القتل ليس بنصرتهم. ولا يعقل كافر عن مسلم، ولا مسلم عن كافر؛ لعدم
 التناصر، والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم؛ لأن الكفر كله ملة
 واحدة، قالوا: هذا إذا لم تكن المعادة فيما بينهم ظاهرة، أما إذا كانت ظاهرة
 كاليهود والنصارى: ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض.

فالدية في ماله: أي لا على بيت المال؛ لأن النصرة الموجبة للعقل غير موجودة بين الذمي والمسلمين؛ لانقطاع
 الولاية بيننا، بخلاف المسلم، فإن ديته على بيت المال إذا لم يوجد له عاقلة على ظاهر الرواية. [العناية ٣٣٣/٩]
 حق المسلم: أي تجب الدية في مال المسلم إذا لم يكن له عاقلة، وهذه رواية عن أبي حنيفة رحمته الله، وفي ظاهر
 الرواية: يجب في بيت المال، وفي "المبسوط": فرق بين المسلم والذمي، فإن الجاني إذا كان مسلماً، ولا عاقلة له،
 فعقله في بيت المال في ظاهر الرواية، ولا يجب في مال الجاني، والفرق: أن العقل إنما يجب على غير الجاني
 باعتبار النصرة، ومتى لم يكن للمسلم ديوان، ولا قرابة بأن كان لقيطاً، فجماعة المسلمين أهل نصرته، فالولاية
 بيننا وبينهم منقطعة، فتعذر إيجاب العقل في بيت المال باعتبار النصرة، فوجب في ماله. [الكفاية ٣٣٣/٩]
 وتمكنه: أي تمكن أحد التاجرئين الداخلين في دار الحرب. (البنية) ليس بنصرتهم: أي ليس بسبب نصرة
 أهل الإسلام إياه. [العناية ٣٣٣/٩] لعدم التناصر: لأن بناء العقل على التناصر، ولا تناصر مع اختلاف
 الدين. [البنية ٣٧٧/١٣] فيما بينهم: هذا بيان الجواز أي يجوز أن يقع التعاقل فيما بينهم.
 ملة واحدة: أي في أنه إعراض عن الحق واتباع الرسول، وهذا إذا كان من ديانتهم أن العاقلة يتحملون عن
 القاتل، أما إذا لم يدينوا بذلك يكون في مال القاتل. [الكفاية ٣٣٤/٩] هذا: أي تعاقل الكفار فيما بينهم.
 والنصارى: فإن العداوة فيهما ظاهرة. (مجمع الأهر)

وهكذا عن أبي يوسف رحمته الله؛ **لانتقطاع التناصر**، ولو كان القاتل من أهل الكوفة، وله بها عطاء، فحوّل ديوانه إلى البصرة، ثم رفع إلى القاضي، فإنه يقضي بالدية على الكوفة الديوان بعد القتل عاقلته من أهل البصرة. وقال زفر رحمته الله: يقضى على عاقلته من أهل الكوفة، وهو رواية عن أبي يوسف رحمته الله؛ لأن الموجب هو الجناية، وقد تحققت، وعاقلته أهل الكوفة، وصار كما إذا حوّل بعد القضاء. ولنا: أن المال إنما يجب عند القضاء؛ لما ذكرنا أن الواجب هو المثل، وبالقضاء ينتقل إلى المال، وكذا الوجوب على القاتل، وتحمل عنه عاقلته، وإذا كان كذلك: يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء، بخلاف ما بعد القضاء؛ لأن الواجب قد تقرر بالقضاء، فلا ينتقل بعد ذلك، لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة؛ لأنها تؤخذ من العطاء، وعطاؤه بالدية بالبصرة، بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم،

لانتقطاع التناصر: لأن التعاقل يمتني على الموالاة، وذلك ينعدم عند اختلاف الملة. [العناية ٣٣٤/٩] أهل الكوفة: أي في هذه الحالة. (الكفاية) حول: ديوانه إلى البصرة، فديته على عاقلته من أهل الكوفة لا من أهل البصرة. على القاتل: النكته الأولى: إنما هي من حيث النظر إلى الواجب، والثانية باعتبار النظر إلى محل الوجوب، والخاص: أن النظر إلى الوجوب، أو إلى محل الوجوب يقتضي أن يكون المتحمل عنهم هم العاقلة الثانية. [الكفاية ٣٣٥/٩] تؤخذ: يعني وإن كان بعد القضاء. [العناية ٣٣٥/٩]

إذا قلت [بأن مات بعضهم. (الكفاية)] إلخ: متعلق بقوله: بخلاف ما بعد القضاء أي لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة إذا كان القاضي قضى بديته على عاقلته من أهل الكوفة، بخلاف ما إذا قلت حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب، وإن كان بعد القضاء مع أن فيه نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل، فأجاب عنه بقوله: إن في ضم أقرب القبائل إليهم تقريراً للحكم الأول، لا إبطالاً له. [الكفاية ٣٣٥/٩-٣٣٦]

حيث يُضْمُّ إليهم أقرب القبائل في النسب؛ لأن في النقل إبطالَ حكم الأول، فلا يجوز بحال، وفي الضم تكثيرُ المتحمّلين لما قضى به عليهم، فكان فيه تقريرُ الحكم الأول لا إبطاله، وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة، وليس له عطاء، فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة: قضى بالدية على أهل البصرة، ولو كان قضى بها على أهل الكوفة: لم ينتقل عنهم، وكذا البدوي إذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء: يقضى بالدية على أهل الديوان، وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم. وهذا بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية: قضى بالدية عليهم في أموالهم في ثلاث سنين، ثم جعلهم الإمام في العطاء حيث تصير الدية في عطياتهم، وإن كان قضى بها أول مرة في أموالهم؛ لأنه ليس فيه نقضُ القضاء الأول؛ لأنه قضى بها في أموالهم وعطياتهم أموالهم، غير أن الدية تقضى من أيسر الأموال أداءً، والأداء من العطاء أيسرُ إذا صاروا من أهل العطاء، إلا إذا لم يكن مالُ العطاء من جنس ما قضى به عليه بأن كان القضاء بالإبل، والعطاء دراهم، فحينئذ لا تتحول إلى الدراهم أبداً؛ لما فيه من إبطال القضاء الأول، لكن يقضى ذلك من مال العطاء؛ لأنه أيسر. قال: وعاقلة المعتق قبيلةُ مولاه؛ لأن النصرَةَ بهم، ويؤيد ذلك قوله: **عَلَيْكَ** "مولى القوم منهم".*

وهذا: أي هذا الذي قلنا: من عدم انتقال العقل عن أهل الكوفة بعد القضاء عليهم إلى أهل البصرة. (البنية) لكن يقضى ذلك: أي الإبل من مال العطاء بأن يشتري الإبل من مال العطاء. [الكفاية ٣٣٦/٩] لأنه أيسر: أي لأن الأداء منه أيسر. [البنية ٣٧٩/١٣]

* تقدم في الزكاة وغيرها. [نصب الرأية ٣٩٩/٤]

قال: ومولى الموالاتة يعقل عنه مولاه وقبيلته؛ لأنه ولاءٌ يتناصر به، فأشبهه ولاء القدوري العتاقة، وفيه خلاف الشافعي رحمته، وقد مرّ في الولاة. قال: ولا تعقل العاقلة أقلّ من نصف عشر الدية، وتحمل نصفَ العشر فصاعداً، والأصل فيه: حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليه، ومرفوعاً إلى رسول الله صلّى الله عليه وآله: "لا تعقل العواقلُ عمداً، ولا عبداً ولا صلحاً، ولا اعترافاً، ولا ما دون أرش الموضحة"، وأرشُ الموضحة نصفُ عشرٍ بدلِ النفس، ولأن التحمّل للتحرز عن الإحجاف، ولا إحجاف في القليل، وإنما هو في الكثير،

ومولى الموالاتة إلخ: ويعقل عن مولى الموالاتة مولاه وقبيلته، ومولى الموالاتة هو الحليف، فيعقل عنه مولاه الذي عاقده وعاقلته، وهو المراد بقوله: وقبيلته، وقبيلة مولاه الذي عاقده؛ لأن العرب يتناصر به، فأشبهه ولاء العتاقة. الولاة: يعني إذ عقد المولاة ليس بشيء عند الشافعي. [البنية ٣٧٩/١٣] أقلّ إلخ: لأن القصاص لا يجب في عمده، ولا يتقدر أرشه، فصار كضمان الأموال. [العناية ٣٣٦/٩] عمداً: صورته: إذا كان القاتل أب المقتول. [الكفاية ٣٣٦/٩] ولا عبداً: قال أبو عبيد: اختلفوا في تأويل قوله عليه السلام: "لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً"، فقال محمد بن الحسن رحمته: إنما معناه يقتل العبد حراً، فليس على عاقلة مولاه شيء من جنابة عبده، إنما جنابته في رقبته أي بدفعه إلى المحني عليه، أو يفديه، ثم قال: وهذا قول أبي حنيفة رحمته، وقال ابن أبي ليلى: إنما معناه أن يكون العبد مجنياً عليه بقتله حراً، أو بجرحه يقول فليس على عاقلة الجاني شيء إنما ثمنه في ماله خاصة، قال أبو عبيد: فذاكرت الأصمعي في ذلك، فإذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى لجريه كلام العرب، ولا يرى قوله أبي حنيفة رحمته جائزاً لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد، ولم يكن، ولا تعقل عبداً. [العناية ٣٣٦/٩-٣٣٧]

* قال المصنف رحمته روى هذا الحديث ابن عباس موقوفاً عليه ومرفوعاً، فالموقف تقدم من رواية محمد بن الحسن رحمته، والمرفوع غريب، وليس في الحديث: أرش الموضحة، ولكن أخرج ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن النخعي، قال: لا تعقل العاقلة ما دون الموضحة، ولا يعقل العمد، ولا الصلح، ولا الاعتراف. [نصب الرأية ٣٩٩/٢]

والتقديرُ الفاصل عرف بالسمع. قال: وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني،
والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير، فيجب الكلُّ على العاقلة كما ذهب إليه
الشافعي رحمته الله، أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء، إلا أنا تركناه
بما روينا، وبما روي أنه عليه السلام أوجب أرش الجنين على العاقلة،* وهو نصفُ عشر
بدل الرجل على ما مرَّ في الديات، فما دونه يسلك به مسلكُ الأموال؛ لأنه يجب
بالتحكيم كما يجب ضمانُ المال بالتقويم، فلهذا كان في مال الجاني أخذاً بالقياس.
قال: ولا تعقل العاقلةُ جنايةَ العبد، ولا ما لزم بالصلح، أو باعتراف الجاني؛
لما روينا، ولأنه لا تناصرُ بالعبد، والإقرارُ والصلح لا يلزمان العاقلة؛ لقصور الولاية
عنهم. قال: إلا أن يصدقوه؛ لأنه ثبت بتصادقهم، والامتناع كان لحقهم، ولهم
ولاية على أنفسهم. ومن أقر بقتل خطأ،

الفاصل: أراد بالفاصل: هو الفصل بين أرش الموضحة وبين ما دونه في التحمل وعدمه، وهو عرف بالنص،
وهو الذي ذكره ابن عباس، وإبراهيم النخعي والشعبي. (البنية) ذلك: أي نصف عشر الدية. (البنية)
شيء: بعدم صدور الجناية عنهم. (البنية) روينا: أشار به إلى أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم ذكرناها في كتاب الجنائيات
وغيره. [البنية ٣٨٠/١٣] أرش الجنين: أي غرة عبد أو أمة قيمته خمس مائة دراهم.
أخذاً بالقياس: لأن الأصل وجوب ضمان الجناية على الجاني. (البنية) لما روينا: أشار به إلى ما ذكره
محمد بن الحسن عن ابن عباس رضي الله عنه، وقد مر عن قريب. (البنية) لا يلزمان العاقلة إلخ: إلا أن في الإقرار
تجب الدية في ثلاث سنين، وفي الصلح عن العمد يجب المال حالاً، إلا إذا شرط الأجل في الصلح، فيكون
موجلاً. [العناية ٣٣٧/٩] عنهم: أي عن العبد والمقر بالجناية والمصالح. (البنية) يصدقوه: العاقلة المقر في
إقراره، فحينئذ يلزمهم تحمل العقل. (البنية) والامتناع: أي امتناع الوجوب عليهم. [البنية ٣٨١/١٣]

* تقدم في الجنين أخرجه الأئمة الستة. [نصب الرأية ٣٩٩/٤]

ولم يرفعوا إلى القاضي إلا بعد سنين: قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى؛ لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة، ففي الثابت بالإقرار أولى. ولو تصادقا القاتل ووليُّ الجناية على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة، وكذهما العاقلة، فلا شيء على العاقلة؛ لأن تصادقهما ليس بحجة عليهم. ولم يكن عليه شيء في ماله؛ لأن الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة ^{العاقلة} بالقضاء، وتصادقهما حجة في حقهما، بخلاف الأول. إلا أن يكون له عطاء معهم: فحينئذ يلزمه بقدر حصته؛ لأنه في حق حصته مقرٌّ على نفسه، وفي حق العاقلة مقرٌّ عليهم. قال: وإذا جنى الحرُّ على العبد، فقتله خطأ: كان على عاقلته قيمته؛ لأنه بدل النفس على ما عرف من أصلنا، وفي أحد قولي الشافعي رحمته الله: تجب في ماله؛ ^{الغنية} الحر

أولى: يريد أن الثابت بالبينة أولى منه بالإقرار؛ لأن الثابت بها كالثابت معاينة، وفي القتل معاينة الدية إنما تجب بقضاء القاضي، فهذا أولى. (العناية) في حقهما: لأن أحد المتصادقين وليّ القتل، ومن زعمه أن الدية إنما وجبت لا على المقر، فإقراره حجة على نفسه. [العناية ٣٣٨/٩]

بخلاف الأول: أراد به قوله: والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة، فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الإقرار في مال المقر، وإنما وجبت الدية هناك في مال المقر؛ لأن هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة، فيجب في مال المقر ضرورة، وفي "المبسوط": في قوله: ولم يكن عليه شيء أي على المقر شيء في ماله؛ لأنهما تصادقا أن الواجب بقضاء القاضي تقرر على العاقلة، وبعد ما تقرر على العاقلة لا يبقى عليه، وتصادقهما حجة في حقهما، بخلاف الأول، فهناك السبب الموجب للدية على العاقلة، وهو قضاء القاضي ولم يوجد أصلاً، فيقضى بها في مال المقر. (الكفاية) إلا أن يكون إلخ: وهذا تبين أن القاتل إنما يكون أحد العواقل عندنا إذا كان له عطاء في الديوان. [الكفاية ٣٣٨/٩] أصلنا: أن الوجوب على العاقلة إذا كان القاتل خطأ. [البنية ٣٨٢/١٣]

لأنه بدلُ المال عنده، ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت، وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة؛ لأنه يسلك به مسلك الأموال عندنا على ما عرف، وفي أحد قوليه: العاقلة تتحمله كما في الحرِّ، وقد مرَّ من قبل. قال أصحابنا: إن القاتل إذا ^{الشافعي} لم يكن له عاقلة، فالدية في بيت المال؛ لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته، وليس بعضهم أخصَّ من بعض بذلك، ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال، فكذا ^{النصرة} ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال، وعن أبي حنيفة رحمته الله رواية شاذة: أن الدية في ماله، ووجهه: أن الأصل أن تجب الدية على القاتل؛ لأنه بدل متلف، والإتلاف منه، إلا أن العاقلة تتحملها تحقيقاً للتخفيف على ما مرَّ، وإذا لم يكن له عاقلة: عاد الحكم إلى الأصل. وابن الملاعة تعقله عاقلة أمه؛ لأن نسبه ثابت منها دون الأب، فإن عقلوا عنه، ثم ادَّعاه الأب: رجعت عاقلة الأم بما أدَّت على عاقلة الأب في ثلاث ^{ابن الملاعة} سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب؛

لأنه: أي لأن الواجب في القتل. [البنية ١٣/٣٨٢] بلغت: وعندنا ينقص من دية الحر عشرة دراهم. ما عرف: في باب القصاص فيما دون النفس. وقد مر: قال صاحب "العناية": أي في أول فصل بعد باب جناية المملوك، أقول: إن هذه الحوالة غير صحيحة، فإنه لم يذكر في هذا الفصل تحمل العاقلة ما دون النفس، ولا تحملها دية النفس لا عند الشافعي رحمته الله، ولا عندنا كذا في "نتائج الأفكار". في بيت المال: هذا إذا كان القاتل مسلماً، أما إذا كان ذمياً، ولا عاقلة له، فالدية في ماله لا في بيت المال. [الكفاية ٩/٣٣٩] بيت المال: لأن الغرم بالغنم. (البنية) في ماله: وفي "فتاوى قاضي خان": روى محمد رحمته الله عن أبي يوسف رحمته الله: أن من لا عاقلة له إذا قتل رجلاً خطأ، فإن دية القاتل تكون في مال الجاني. [الكفاية ٩/٣٣٩] إلى الأصل: وهو وجوب المال على الجاني. [البنية ١٣/٣٨٣] وابن الملاعة: أي إذا قتل هو رجلاً، فالدية على عاقلة الأم.

لأنه تبين أن الدية واجبة عليهم؛ لأن عند الإكذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتاً من الأب حيث بطل اللعان بالإكذاب، ومتى ظهر من الأصل، فقومُ الأم تحملوا ما كان واجباً على قوم الأب، فيرجعون عليهم؛ لأنهم مضطرون في ذلك. وكذلك إن مات المكاتب عن وفاء، وله ولد حرّ، فلم يؤدّ كتابته حتى جنى ابنه، وعقل عنه قومُ أمّه، ثم أدّيت الكتابة؛ لأنه عند الأداء يتحول ولاؤه إلى قوم أبيه من وقت حرية الأب، وهو آخر جزء من أجزاء حياته، فتبين أن قوم الأم عقلوا عنهم، فيرجعون عليهم، وكذلك رجل أمر صبيّاً بقتل رجل فقتله، فضمنت عاقلة الصبي الدية: رجعت بها على عاقلة الأمر إن كان الأمر ثبت بالبينة، وفي مال الأمر إن كان ثبت بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الأمر، أو على عاقلته؛

الإكذاب: أي إكذاب الأب نفسه. (الكفاية)، فإنه نفي الولد عن نفسه أولاً حتى تحقق اللعان بينهما، ثم أكذب نفسه، وقال: إن هذا الولد مني. أن النسب إلخ: لأن النسب يثبت منه من وقت العلوق لا من وقت الدعوة، فتبين به أن عقل جنايته كان على عاقلة أبيه، وأن قوم الأم تحملوا عن قوم الأب مضطرين في ذلك يلزم القاضي، فيرجعون عليهم، فصار حالهم مع عاقلة الأب كحال وليّ الجناية، وقد مر أن التأجيل ثمة من وقت القضاء لا من وقت الجناية، فكذا هنا، وإنما يرجعون في ثلاث سنين؛ لأنهم أدوا هكذا. [الكفاية ٣٤٠/٩]

ومتى ظهر إلخ: أي متى ظهر أن النسب كان ثابتاً منه من الأصل. في ذلك: حيث تحملوا يلزم القاضي، وهذا نفي لجهة التبرع. [الكفاية ٣٣٩/٩] عن وفاء: أي بترك مال واف لأداء بدل الكتابة. عنه: أي عن ذلك الابن الجاني. الكتابة: أي فإنه حينئذ يرجع قوم الأم على الأب. (العناية) فيرجعون: أي أن عاقلة الأم يرجعون بما أدوا على عاقلة الأب؛ لأن عتق المكاتب عند أداء البذل يستند إلى حال حياته، فتبين أنه كان للولد ولأهله من جانب الأب حين جنى، وأن موجب جنايته على موالي أبيه، فلذلك يرجعون على موالي الأب. [العناية ٣٤٠/٩]

على الأمر: أي إذا ثبت بإقراره. (البنية) على عاقلته: أي إذا ثبت بالبينة. [البنية ٣٨٤/١٣]

لأن الديّات تجب مؤجلةً **بطريق التيسير**. قال في ثلاثين سنين **عليه**: ههنا عدة مسائل ذكرها محمد صلى الله عليه وسلم متفرقة، والأصل الذي تخرّج عليه أن يقال: حالُ القاتل إذا تبدل حكماً، فانتقل ولاؤه إلى ولاء بسبب أمرٍ حادثٍ لم تنتقل جانيته عن الأول قضى بها، أو لم يقض، وإن ظهرت حالة خفية مثل: دعوة ولد الملاعنة **حوّلت الجناية** إلى الأخرى وقع القضاء بها، أو لم يقع، ولو لم يختلف حالُ الجاني، ولكن **العاقلة** تبدلت: كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء، فإن كان قضى بها على الأولى: لم تنتقل إلى الثانية، وإن لم يكن قضى بها على الأولى: فإنه يقضى بها على الثانية، وإذا كانت **العاقلة** واحدةً، فلحقها

بطريق التيسير: لأن الأصل في وجوب الديّات هو الأجل للتيسير، إلا إذا ثبتت الدية بالصلح، فذلك لا أجل له إلا إذا اشترط. [البنية ٣٨٤/١٣] **فانتقل** [بيان التبديل] إلخ: صورته: إذا تزوج عبد بمعتقة قوم، فولدت منه أولاداً يكون ولاء الأولاد لموالي الأم، فإذا جنى الولد، فالجناية على عاقلة الأم، فإذا تحملوا عنه، ثم عتق الأب جر ولاء الولد إلى نفسه بسبب حادث، وهو العتق، فلا ينتقل جانيته. (الكفاية) **ظهرت**: أي وإن لم يتبدل حال القاتل بسبب حادث، بل ظهرت إلخ. **حوّلت الجناية** إلخ: يعني إذا قتل ابن الملاعنة رجلاً خطأ، فعقلت عنه عاقلة الأم، ثم ادعاه الأب يثبت منه نسبه، ورجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضى القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب. [الكفاية ٣٤٠/٩]

ولكن العاقلة إلخ: نظيره: ما إذا كان القاتل من أهل الكوفة، وله بها عطاء، ولم يقض بالدية على عاقلته، حتى حول ديوانه إلى البصرة، فإنه يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة، وعلى قول زفر رحمته الله يقضى على عاقلته من أهل الكوفة، وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً. [الكفاية ٣٤٠/٩]

فلحقها إلخ: نظير الزيادة ما حول ديوانه إلى العاقلة بعد القضاء عليه يشاركهم المضموم إليهم فيما يؤدون بعد التحويل، ونظير النقصان ما إذا قلت العاقلة حتى يصيب الرجل في عطائه ثلاثة دراهم، أو أربعة دراهم، وقد كان يصيبه قبل النقصان أقل من ثلاثة دراهم، أو أربعة دراهم وإن قلت العاقلة حتى يصيب الرجل أكثر من ثلاثة دراهم، أو أربعة دراهم ضم إليهم أقرب القبائل في النسب حتى يصيبه في عطائه ثلاثة دراهم، =

زيادة، أو نقصان: اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده، إلا فيما سبق أدائه، فمن أحكم هذا الأصل متأملاً يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والأضداد، والله أعلم بالصواب.

= أو أربعة دراهم؛ وهذا لأن في إيجاب الزيادة عليهم إحجافاً بهم، ولأنه متى حزمهم، ولا يتمكنون من دفع ذلك عنهم بأنفسهم، فإنما يستعينون بأقرب القبائل إليهم، فكانوا في بعض الأحوال يستنصرون بهم عند الحاجة، فلذلك يضمنون إليهم في تحمل العقل عند الحاجة. [الكفاية ٣٤٠/٩]

زيادة: كما إذا بلغ صبي من العاقلة. نقصان: كما إذا مات بعضهم. إلا فيما سبق إلخ: استثناء من قوله: اشتركوا يعني لا يشتركون فيه، بل يقع ذلك من الذين أدوا قبل ضم أقرب القبائل إليهم. [العناية ٣٤٠/٩]

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك، وما يستحب منه، وما يكون رجوعاً عنه

قال: الوصية غير واجبة، وهي مستحبة، والقياس يأبى جوازها؛
القدرى الوصية

كتاب الوصايا: إيراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة؛ لأن آخر أحوال الآدمي في الدنيا الموت، والوصية معاملة وقت الموت، وله زيادة اختصاص بكتاب الجنائيات والديات؛ لما أن الجناية قد تقضي إلى الموت الذي وقته وقت الوصية. [العناية ٣٤٢/٩] وسببها: أن يذكر بالخير في الدنيا، ونيل الدرجات العلى في العقبى. (بجمع الأثر) الوصية اسم بمعنى المصدر، ثم سمي الموصى به وصية، وهي في الشريعة: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع. [العناية ٣٤٢/٩]

صفة الوصية: وشرائطها كون الموصى أهلاً للتبرع، وأن لا يكون مديوناً، وكون الموصى له حياً وقت الوصية، وإن لم يولد، وأجنبياً عن الميراث، وأن لا يكون قاتلاً، وكون الموصى به بعد موت الموصى شيئاً قابلاً للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصى، سواء كان موجوداً في الحال، أو معدوماً، وأن يكون بمقدار الثلث، وركبتها: أن يقول: أوصيت بكذا لفلان، وما يجري مجراه من الألفاظ المستعملة فيها، وأما حكم الوصية، ففي حق الموصى له أن يكون الموصى به ملكاً جديداً كما في الهبة، وفي حق الموصي إقامة الموصى له فيما أوصى به مقام نفسه كالوارث. [العناية ٣٤٢/٩]

غير واجبة إلخ: إنما ذكر قوله: وهي مستحبة بعد قوله: غير واجبة لنفي قول بعض الناس: الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لا يرثون فرض، وعند بعضهم الوصية واجبة على كل واحد ممن له ثروة ويسار، واستدلوا بظاهر قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾، والمكتوب علينا يكون فرضاً، وقال عليه السلام: "لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر إذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلتين إلا وصيته مكتوبة عند رأسه"، ولنا: أنها مشروعة لنا لا علينا، وما شرع لنا يكون مندوباً، وهي تبرع بعد الوفاة، فيعتبر بالتبرع في حال الحياة، وما تلوه منسوخ بآية الموارث، وما رروا، فهو شاذ فيما تعم به البلوى، والوجوب لا يثبت بمثله. [الكفاية ٣٤٣/٩]

لأنه تملك مضاف إلى حال زوال مالكيته، ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قيل: ملكك غداً كان باطلاً، فهذا أولى، إلا أننا استحساناً؛ لحاجة الناس إليها، فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله، فإذا عرض له المرض، وخاف البيات يحتاج إلى تلافي بعد ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالي، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي، وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه، ومثله في الإجارة بيناه، وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين، وقد نطق به الكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾،

لأنه إلخ: ولأنها لو جازت، فيما أن يزول عن ملك الموصي، ويدخل في ملك الموصى له قبل القبول كالإرث، وهو باطل؛ لأنه لا قدرة له على إزالة ملكه إلى غيره إلا برضاه، أو يزول عن ملك الموصي، ولا يصل في ملك الموصي له ما لم يقبل، وفيه جعل كونه مملوكاً بلا مالك، أو يزول عن ملك الموصي، بل يبقى على حكم ملكه إلى أن يقبل، وهو باطل أيضاً؛ لأن الميت ليس بأهل للملك. [الكفاية ٣٤٣/٩] استحساناً: أي استحساناً جوازها بالكتاب: وهو قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ والسنة: وهو قوله ﷺ: "إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم" الحديث، وإجماع الأمة ولحاجة بعض الناس. [الكفاية ٣٤٣/٩] وخاف البيات: أي: الهلاك والموت، والبيات اسم يعني البيات، وهو أن يأتي العدو ليلاً. (البنية) ذلك: أي تلافي بعض ما فرط منه. [البنية ٣٨٩/١٣]

في الإجارة إلخ: يعني كما أن الوصية لا تجوز في القياس، وتجوز في الاستحسان، فكذلك الإجارة لا تجوز في القياس؛ لأنها تملك منفعة معدومة، ولكنها جوزت استحساناً دفعاً لحاجة الناس. [البنية ٣٨٩/١٣] تبقى المالكية: جواب عن وجه القياس أي تبقى بعض المالكية. (البنية) التجهيز: أي في تجهيز الميت، فإن قدر تجهيزه على ملك الميت تقدير الحاجة إليه. [البنية ٣٨٩/١٣]

والسنة وهو قول النبي ﷺ: "إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم، أو قال: "حيث أحببتكم"،* وعليه إجماع الأمة، ثم تصح للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة؛ لما روينا، ^{جواز الوصية} ^{الوصية في الثلث} وسنبين ما هو الأفضل فيه إن شاء الله تعالى. قال: ^{القدوري} ولا يجوز بما زاد على الثلث؛ لقول النبي ﷺ في حديث سعد بن أبي وقاص ^{رضي الله عنه}: "الثلث والثلث كثير" ** بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف، ولأنه حق الورثة؛ ^{النبي عليه}

لما روينا: إشارة إلى قوله ﷺ: بثلث أموالكم من غير تقييد بإجازة. [العناية ٣٤٤/٩] الأفضل فيه: أي في فعل الوصية، أو في قدر الوصية أشار بذلك إلى ما بعد ورقة بقوله: ويستحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث. (البنية) ولأنه: أي ولأن الزائد على الثلث. [البنية ٣٩١/١٣]

* روي من حديث أبي هريرة، ومن حديث أبي الدرداء، ومن حديث معاذ، ومن حديث أبي بكر الصديق، ومن حديث خالد بن عبيد. [نصب الراية ٣٩٩/٤] فحديث أبي هريرة أخرجه ابن ماجه عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم. [رقم: ٢٧٠٩، باب الوصية بالثلث] وحديث أبي الدرداء أخرجه أحمد في "مسنده" عن أبي الدرداء عن رسول الله ﷺ قال: إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم. [رقم: ٢٦٩٣٦]

** أخرجه الأئمة الستة في كتبهم. [نصب الراية ٤٠١/٤] أخرجه البخاري في "صحيحه" عن سعد بن أبي وقاص ^{رضي الله عنه} يقول: جاء النبي ﷺ يعودوني وأنا بمكة وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها، قال: يرحم الله ابن عفراء، قلت: يا رسول الله! أوصي بمالي كله، قال: لا، قلت: فالشطر، قال: لا، قلت: الثلث، قال: الثلث، قال: "فالثلث والثلث كثير إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس، وأنك مهما أنفقت من نفقة، فإنها صدقة حتى اللقمة ترفعها إلى في امرأتك، وعسى الله أن يرفعك، فينتفع بك ناس ويضربك آخرون ولم يكن له يومئذ إلا ابنة". [رقم: ٢٧٤٢، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس]

وهذا لأنه انعقد سببُ الزوال إليهم، وهو استغناؤه عن المال، فأوجب تعلق حقهم به،
إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث؛ لتدارك تقصيره على ما بيناه،
وأظهره في حق الورثة؛ لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرراً عما يتفق من الإيثار^{الاستغناء}
على ما نبينه، وقد جاء في الحديث: "الحيفُ في الوصية من أكبر الكبائر"، * وفسّروه
بالزيادة على الثلث، وبالوصية للوارث. قال: إلا أن يجيزه الورثة بعد موته، وهم
كبار؛ لأن الامتناع لحقهم، وهم أسقطوه، ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته؛ لأنها
قبل ثبوت الحق؛ إذ الحق يثبت عند الموت، فكان لهم أن يردّوه بعد وفاته،

الزوال: أي زوال الملك عنه. (البنية) ما بيناه: أشار به إلى ما ذكره في وجه الاستحسان. (البنية)
من الإيثار: أي من إيثار الموصي بعض الورثة على البعض في الوصية؛ لأنه حيثئذ يتأذى البعض الآخر، فيفضي
ذلك إلى قطع الرحم، وهو حرام بالنص. [البنية ٣٩٢/١٣] ما نبينه: يعني عند قوله بعد هذا: ولا تجوز
لوارثه. (العناية) الحيف: روي بالحاء المهملة وسكون الياء، وهو الظلم، وروى الجنف بالجيم والنون المفتوحين،
وهو الميل. [العناية ٣٤٦/٩] إلا أن يجيزها إلخ: قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسيبجي في "شرح الكافي":
ولو أوصى بأكثر من الثلث لم يجز الفضل على الثلث إلا أن يجيز الورثة بعد موته، وهم كبار.
لأنها: الإجازة حال الحياة. يثبت: لأنه إنما يحكم بكون المرض مرض الموت عند الموت. فكان لهم: أي للورثة
أن يردوا ما أجازوا من الوصية الزائدة على الثلث بعد موت الموصي إن كانت إجازتهم في حياته، بخلاف
ما إذا كانت الإجازة بعد الموت حيث لا يكون لهم الرد بعد ذلك؛ لأنهم أسقطوا حقهم بعد ثبوته.
يردّوه: بعد الإجازة في حياته.

* غريب. [نصب الراية ٤٠١/٤] وأخرجه الدارقطني في "سننه" عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: "الإضرار في
الوصية من الكبائر". [رقم: ٤٢٤٩، ٧٢/٤، كتاب الوصايا] ومن أحاديث الباب: ما أخرجه أبو داود في
"سننه" عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: "إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة، ثم يحضرها الموت
فيضاران في الوصية، فتجب لهما النار"، قال: وقرأ عليّ أبو هريرة من ههنا ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ
مُضَارٍّ﴾ حتى بلغ ﴿ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ﴾. [رقم: ٢٨٦٧، باب ما جاء في كراهية الإضرار في الوصية]

بخلاف ما بعد الموت؛ لأنه بعد ثبوت الحق، فليس لهم أن يرجعوا عنه؛ لأن الساقط متلاشٍ، غاية الأمر: أنه يستند عند الإجازة، لكن الاستناد يظهر في حق الموت الحق القائم، وهذا قد مضى وتلاشى، ولأن الحقيقة تثبت عند الموت، وقبله يثبت مجرد الحق، فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله، والرضا يبطلان الحق لا يكون رضا يبطلان الحقيقة، وكذلك إن كانت الوصية للوارث، وأجازته البقية، فحكمه ما ذكرناه. وكل ما جاز بإجازة الوارث: يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا،

لأن الساقط إلخ: متصل بقوله: فكان لهم أن يردوه أي كان لهم أن يردوا ما أجازوا في حال حياة مورثهم؛ لأن إجازتهم في ذلك كانت ساقطة غير معتبرة؛ لعدم مصادفتها محلها، وكل ساقط متلاشٍ، فلا يتوقف إلى موت المورث حتى تنقلب معتبرة بعد الموت. [الكفاية ٣٤٧/٩] وهذا: أي الإجازة قبل الموت. قد مضى إلخ: فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة المورث. [البنية ٣٩٤/١٣] ولأن الحقيقة إلخ: دليل آخر، تقريره: حقيقة الملك للوارث تثبت عند الموت لا قبله، وإنما يثبت قبله مجرد حق الملك، فلو استند ملكه إلى أول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة، وذلك باطل؛ لوقوع الحكم قبل السبب، وهو مرض الموت. (العناية) من كل وجه: وإنما قيد بقوله: من كل وجه دفعاً لوهم من يقول: حق الوارث يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين، فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق إسقاطهم بالإجازة أيضاً، ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضاً لانقلب الحق حقيقة من كل وجه، وهو لا يجوز؛ لما مرّ. [العناية ٣٤٨/٩]

والرضا إلخ: جواب عما يقال: الإجازة إسقاط من الوارث لحقه برضاه، فصار كسائر الإسقاطات، وفيه لا رجوع، فكذلك فيه، ووجهه: أنه قد عرف أن ثمة حقاً وحقيقة، وإنما رضي يبطلان الحق لا يبطلان الحقيقة؛ لأن الرضا يبطلانها تستلزم وجودها، ولا وجود لها قبل السبب. [العناية ٣٤٩/٩] ما ذكرناه: أي تعتبر الإجازة بعد الموت لا قبله. [الكفاية ٣٤٨/٩-٣٤٩] وكل ما جاز إلخ: ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري، إيضاحه: إذا أوصى بجميع ماله، فإجازة الورثة كان تمليكاً من الميت كذلك الوصية للوارث عند الشافعي رحمته الله: يكون هبة من الورثة إن بقيت، وإلا بطلت. [البنية ٣٩٤/١٣]

وعند الشافعي رحمته الله: من قبل الوارث، والصحيح قولنا؛ لأن السبب صدر من الموصي، والإجازة رفع المانع، وليس من شرطه القبض، وصار كالمُرَقَّن إذا أجاز بيع الرهن. قال: ولا تجوز للقاتل عامداً كان أو خاطئاً بعد أن كان مباشراً؛ لقوله عليه السلام: "لا وصية للقاتل" *، ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى، فُحِرِمَ الوصية كما يحرم الميراث، وقال الشافعي رحمته الله: تجوز للقاتل، وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل،

وعند الشافعي رحمته الله: وجه قول الشافعي رحمته الله: أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكاً للوارث؛ لأن الميراث يثبت للوارث بغير قبوله، ولا يترد برده، فإجازته تكون إخراجاً عن ملكه بغير عوض، وذلك هبة لا تتم إلا بالقبض، ولنا: أن الموصي صدر منه السبب، وكل من صدر منه السبب يثبت منه الملك، وكل ذلك ظاهر، فالموصى له يتملك من الموصي. [العناية ٣٤٩/٩] السبب: أي سبب ملك الموصى له. رفع المانع: جواب عن جعل الإجازة إخراجاً عن الملك يعني أن الإجازة ليست بسبب للخروج عن الملك، وإنما هو رفع للمانع. (العناية) وليس من شرطه إلخ؛ فكأنه يقول: لو كان هبة لكان القبض شرطاً، وهو ممنوع. (العناية) وصار كالمُرَقَّن إلخ؛ أي صار ما نحن فيه كالمُرَقَّن إذا أجاز بيع الرهن في كون السبب صدر من الرهن، والملك للمشتري يثبت من قبله، فإجازة المُرَقَّن رفع المانع. [العناية ٣٤٩/٩] للقاتل: أي لمن جرح فأوصى له، ثم مات الموصي من ذلك الجرح. كان مباشراً؛ إنما قيد بالمباشر؛ لأنه إذا لم يكن مباشراً لا يتعلق به حرمان الميراث، وبطلان الوصية كما في حافر البئر، وواضع الجمر في غير ملكه. [البنية ٣٩٥/١٣] يحرم الميراث: أي يحرم القاتل عن ميراث الذي قتله. (البنية) للقاتل: مطلقاً؛ لأنه أجنبي منه، فصحت له كما صحت لغيره. [العناية ٣٥٠/٩]

* أخرجه الدارقطني في "سننه" في الأقضية عن مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة عن الحكم بن عتيبة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي بن أبي طالب قال: قال رسول الله ﷺ: "ليس لقاتل وصية"، قال الدارقطني: مبشر متروك يضع الحديث. [رقم: ٤٥٢٥، ١٢٩/٤، كتاب الأقضية] قال الأتراري: ولنا ما قال محمد ﷺ في الأصل: بلغنا عن علي عليه السلام أنه لم يجعل للقاتل ميراثاً، وعن عمر مثله، وعن علي في "الأسرار" وغيره أنه قال: "لا وصية لقاتل"، ولا يخالف له فحل محل الإجماع، وروي عن عبيدة السلماني في كتب التفاسير أنه قال: لم يورث قاتل بعد صاحب البقرة. [البنية ٣٩٥/١٣]

ثم إنه قَتَلَ الموصيَ تَبْطُلَ الوصيةُ عندنا، وعنده لا تبطل، والحجة عليه في الفصلين
الرجل الموصي له الشافعي الشافعي
ما بيناه. ولو أجازتها الورثة: جاز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما، وقال أبو يوسف رحمتهما:
الوصية للقاتل
لا تجوز؛ لأن جنائته باقية، والامتناع لأجلها، ولهما: أن الامتناع لحق الورثة؛ لأن نفع
بطلانها يعود إليهم كنعف بطلان الميراث، ولأنهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها
الوصية
لأحدهم. قال: ولا تجوز لو ارثه؛ لقوله عليه السلام: إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه،
الورثة القلدي الموصي
ألا لا وصية للوارث"، * ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض، ففي تجويزه قطيعة الرحم،
الذي حرم الوصية

في الفصلين: يعني فيما إذا كان القتل قبل الوصية، أو بعدها. ما بيناه: يعني من الحديث، فإنه
بإطلاقة لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها، ومن المعقول الذي ذكره. [العناية ٣٥٠/٩]
ولو إلخ: ذكره على سبيل التفریع. والامتناع: أي حرمانه كان بطريق العقوبة. [الكفاية ٣٥٢/٩]
كنعف [التشبيه من حيث مجرد النفع العائد إليهم عند بطلانها لا غير]. (الكفاية) بطلان الميراث: أي ميراث
القاتل إلا أن الوصية لو لحقها الإجازة تصح، والميراث لا يصح، وإن أجازوا؛ لأن إجازة العبد ورده إنما
تعمل فيما إذا كان من جهة العبد كالوصية، فإنه تبرع وتمليك من جهته، ولا كذلك الميراث؛ لأنه من
جهة الشرع لا صنع للعبد فيه. ولأنهم إلخ: هذا التعليل لبيان امتناع وصية القاتل لحق الورثة باعتبار أنهم
لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم، والورثة لو رضوا بالوصية لأحدهم يجوز، فكذا للقاتل، وما
قاله أبو يوسف رحمتهما: إن حرمانه كان بطريق العقوبة، قلنا: لا نسلم، ألا ترى أنه يستوفي فيه الخاطئ
والعائد، والخاطئ لا يستحق العقوبة. قطيعة: وقطع الرحم حرام، فكذا ما كان سبباً لحصوله.

* روي من حديث أبي أمامة، ومن حديث عمرو بن خارجة، ومن حديث أنس، ومن حديث ابن عباس،
ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ومن حديث جابر، ومن حديث زيد بن أرقم، والبراء،
ومن حديث علي بن أبي طالب، ومن حديث خارجة بن عمرو الجمحي. [نصب الزاوية ٤٠٣/٤]
فحديث أبي أمامة: أخرجه أبو داود في "سننه" عن أبي أمامة أن النبي ﷺ خطب فقال: "إن الله تعالى قد
أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث". [رقم: ٢٨٧٠، باب ما جاء في الوصية للوارث] ورواه
الترمذي في "جامعه" وقال: هذا حديث حسن صحيح. [رقم: ٢١٢٠، باب ما جاء في الوصية للوارث]

ولأنه حيف بالحديث الذي رويناه، ويعتبر كونه وارثاً، أو غير وارث وقت الموت ^{جور} لا وقت الوصية؛ لأنه تملك مضاف إلى ما بعد الموت، وحكمه يثبت بعد الموت، والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية؛ لأنها وصية حكماً، حتى تنفذ من ^{مرض الموت} الثلث، وإقرار المريض للوارث على عكسه؛ لأنه تصرف في الحال، فيعتبر ذلك وقت الإقرار. قال: إلا أن يميزها الورثة، ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه،* ولأن الامتناع ^{القنوري} لحقهم، فتجوز بإجازتهم، ولو أجاز بعض وردَّ بعض تجوز على المميز بقدر حصته؛ لعدم المانع

ولأنه: أي باختيار البعض في الإيصاء له بشيء. [البنية ٣٩٧/١٣-٣٩٨] بالحديث الذي إرخ: إشارة إلى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده في العطية. [العناية ٣٥٢/٩] لا وقت الوصية: حتى لو أوصى لأخيه ولا ابن له ثم ولد له ابن تصح وصيته لأخيه، بخلاف ما لو أوصى لأخيه، وله ابن ثم مات ابنه تبطل الوصية. [الكفاية ٣٥٢/٩] الموت: فيعتبر زمان التملك لا قبله. هذا: أي في اعتبار كونه وارثاً وقت الموت. الثلث: أي بدليل أنها تنفذ من الثلث إذا كانت للأجنبي، كالوصية للأجنبي تنفذ من الثلث. [البنية ٣٩٨/١٣] على عكسه: أي على عكس الحكم في الهبة حتى يعتبر كونه وارثاً عند الإقرار لا عند الموت؛ لأن الإقرار تملك وتصرف في الحال من غير نظر إلى ما بعد الموت، ولهذا لو أقر في مرض الموت لأجنبي بدين صح من جميع المال، وفائدة هذا: أنه إذا لم يكن وارثاً عند الإقرار، ثم صار وارثاً، فمات المقر لا يبطل إقراره، ولكن هذا إذا صار وارثاً بسبب حادث؛ لأن الاستحقاق مضاف إلى السبب الحادث لا إلى القرابة، فأما إذا صار وارثاً بسبب القرابة، لكن امتنع عملها لمانع عمل السبب عمله من ذلك الوقت، ولهذا لو أقر لأجنبي، ثم قال: هو ابني ثبت نسبه منه، وبطل إقراره، فإن أقر لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل إقراره. إلا: استثناء من قوله: ولا تجوز لوارثه. [العناية ٣٥٤/٩] لحقهم: أي لحقهم الذي هو تأذيههم بإيثار البعض دون البعض، وبالتفسير على هذا الوجه يندفع ما قيل: لو كان الامتناع لحقهم لجاز فيما دون الثلثين أجازوا، أو لم يميزوا؛ لأنه لا حق لهم في الثلث كما في الوصية لأجنبي. [العناية ٣٥٤/٢]

* تقدم في حديث ابن عباس رضي الله عنه وغيره. [نصب الرأية ٤/٤٠٥]

لولايته عليه، وبطل في حق الرادّ. قال: ويجوز أن يوصي المسلم للكافر، والكافر للمسلم، فالأول؛ لقوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ﴾^{لعدم رضاه القدوري} الآية، الثاني؛ لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات، ولهذا جاز التبرع من أهل الذمة الجانبيين في حالة الحياة، فكذا بعد الموت، وفي "الجامع الصغير": الوصية لأهل الحرب باطلة؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ﴾ الآية. المسلم والكافر الذمي قال: وقبول الوصية بعد الموت، فإن قبلها الموصى له في حال حياته، أو ردّها،^{القدوري} فذلك باطل؛ لأن أوان ثبوت حكمه بعد الموت؛

ويجوز إلخ: وافترق الوصية والإرث حيث لا يجري التوارث بين المسلم والذمي، ويجري الوصية بينهما؛ وذلك لأن الإرث ولاية بطريق الخلافة؛ لأن ما كان للمورث كان للوارث، ولا ولاية مع اختلاف الدين، وأما الوصية، فملك مبتدأ، ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب، ولا يصير مغروراً مما اشتراه الموصى، بخلاف الوارث. فالأول: هو وصية المسلم للكافر. (البنية) في الدين: وتام الآية ﴿وَلَمْ يُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ﴾. والثاني: وهو وصية الكافر للمسلم. [البنية ٤٠٠/١٣]

وفي "الجامع الصغير" إلخ: وقالوا في شروح "الجامع الصغير": إنه ذكر في السير الكبير: يدل على جواز الوصية التوفيق بين الروایتين: أنه لا ينبغي أن يفعل، وإن فعل ثبت الملك لهم؛ لأنهم أهل الملك، وأما وصية الحربي بعد ما دخل دارنا بأمان، فإنها جائزة؛ لأن له ولاية تمليك ما له في حياته، فكذا بعد وفاته. [العناية ٣٥٥/٩] في الدين: وتام الآية ﴿وَأَخْرِجُوا مِنْ دِيَارِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَنْ تَوَلَّوْهُمْ﴾.

وقبول إلخ: والقبول ليس بشرط لصحة الوصية، وإنما هو شرط ثبوت الملك للموصى له، وللوصية شبه بالميراث من حيث أنها تملك بالموت، وشبه بالهبة من حيث أنها تملك بتمليك الغير، فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول مادام ممكناً من الموصى له، فقلنا: لا تملك قبل القبول، واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول، فقلنا: إنه يملكها بعده من غير قبض عملاً بالشبهين بقدر الإمكان، وإن مات الموصى له من غير رد وقبول، فقد ذكر في الكتاب أن الوصية تبطل قياساً، ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا، أو قبلوا في الاستحسان. [العناية ٣٥٦/٩]

لتعلقه به، فلا يُعْتَبَرُ قَبْلَهُ كما لا يعتبر قبل العقد. قال: ^{القدوري} وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يوصي الإنسانُ بدون الثلث، سواء كانت الورثة أغنياء، أو فقراء؛ لأن في التتقيص صلةً ^{من الثلث إحسان} القريب بترك ماله عليهم، بخلاف استكمال الثلث؛ لأنه استيفاء تمام حقه، فلا صلة، ولا منة، ثم الوصية بأقل من الثلث أولى، أم تركها؟ قالوا: ^{الشايع} إن كانت الورثة فقراء، ولا يستغنون بما يرثون، فالترك أولى؛ لما فيه من الصدقة على القريب، وقد قال ^{من نصيبتهم} عليهما السلام: "أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح"، * ولأن فيه رعاية حق الفقراء، والقراءة جميعاً، وإن كانوا أغنياء، أو يستغنون بنصيبتهم،

لتعلقه به: لأن الوصية تملك يتعلق بالموت. العقد: أي عقد الوصية، ألا ترى أنه لو قال لامرأته: أنت طالق غداً على ألف، فالقول والرد منها يعتبر بعد مجيء الغد. (البناية) ويستحب إلخ: روي عن أبي بكر وعمر ^{عليهما السلام} أنهما قالوا: لأن يوصى بالخمس أحب إلينا من أن يوصى بالربع، ولأن يوصى بالربع أحب إلينا من أن يوصى بالثلث. [الكفاية ٣٥٦/٩] فلا صلة ولا منة: لأن الموصي إذا استوفى تمام حقه الذي هو الثلث لا يبقى له منة على ورثته، ولا إثارة بالصلة. [البناية ٤٠١/١٣]

ذي الرحم الكاشح: هو العدو الذي أعرض ولاك كشحه، الكشح ما بين الخاصرة إلى الضلع، وقيل: الكاشح العدو الذي أضمر العداوة في كشحه، وإنما جعل هذا التصرف أفضل؛ لأن التصديق على المحب الصديق مما تميل إليه النفس لمحبه وصداقته، وفي القريب الكاشح المنظور إليه هو معنى القرابة لا غير مع مخالفة نفسه؛ لأن نفسه لا تدعوه إلى التصديق عليه، فكان ترجيح معنى القرابة في الإحسان أولى من ترجيح جانب المحبة خصوصاً ما إذا كان ذلك متضمناً مخالفة النفس وقهرها، فكان هو أولى لا محالة. [الكفاية ٣٥٦/٩-٣٥٧]

ولأن فيه: أي في ترك الوصية إذا كانت الورثة فقراء. [البناية ٤٠٢/١٣]

* روي من حديث أبي أيوب، ومن حديث حكيم بن حزام، ومن حديث أم كلثوم، ومن حديث أبي هريرة. [نصب الراية ٤٠٥/٤] فحديث أبي أيوب: أخرجه أحمد في "مسنده" عن أبي أيوب الأنصاري قال: قال رسول الله ﷺ: "إن أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح". [رقم: ٢٣٠١٩]

فالوصية أولى؛ لأنه يكون صدقةً على الأجنبي، والترك هبة من القريب، والأولى أولى؛ لأنه يستغني بها وجه الله تعالى، وقيل: في هذا الوجه: يخير؛ لاشتمال كل منهما على فضيلة، وهو الصدقة، أو الصلة، فيخير بين الخيرين. قال: ^{الموصى} ^{القنوري} والموصى به يملك بالقبول خلافاً لزفر، وهو أحد قولي الشافعي ^{رحمته الله} هو يقول: الوصية أخت الميراث؛ إذ كل منهما خلافة لما أنه انتقال، ثم الإرث يثبت من غير قبول، فكذلك الوصية. ولنا: أن الوصية إثبات ملك جديد، ولهذا لا يرُدُّ الموصى له بالعيب، ولا يرُدُّ عليه بالعيب، ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله، أما الورثة خلافة حتى يثبت فيها هذه الأحكام، فيثبت جبراً من الشرع من غير قبول. قال: ^{ورضاه} ^{القنوري} إلا في مسألة واحدة،

فالوصية أولى: لأنه يحصل له تدارك ما قصر في حياته، والتدارك إنما يقع بالصدقة، ومعنى الصدقة بالوضع عند الأجانب أكمل. والأولى أولى: أي الصدقة على الأجنبي أفضل. [البنية ٤٠٢/١٣] يملك بالقبول: أي بالقبول بعد موت الموصي، وبعد القبول يلزمه، ولا يصح رده على ورثته بلا رضاهم؛ لأنه بالرد مملك لهم. [الكفاية ٣٥٧/٩-٣٥٨] لما أنه: أن كل واحد من الإرث والوصية انتقال المال. [البنية ٤٠٣/١٣] لا يرد إلخ: صورته: أن يشتري المريض شيئاً ويوصى به لرجل، ثم الموصى له يجده معيماً، فإنه لا يرده على بائعه. ولا يرد عليه بالعيب، صورته: أن يوصي بجميع ماله لإنسان، ثم باع شيئاً من التركة، ووجد المشتري عيباً لا يرده على الموصى له، ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية الرد في الصورتين جميعاً كما في الوارث. [العناية ٣٥٨/٩]

ولا يملك إلخ: لئلا يعود على موضوعه بالنقض؛ وذلك لأن تنفيذ الوصية لمنفعة الموصى له، ولو أثبتنا الملك له قبله لربما تضرر، فإنه لو أوصى له بعبد أعمى وجب عليه نفقته بلا منفعة تعود إليه، وأمثال ذلك كثيرة. [العناية ٣٥٨/٩] الأحكام: أشار به إلى قوله: ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب، ولا يرد بالعيب. (البنية) فيثبت: أي الخلافة في الميراث. [البنية ٤٠٣/١٣] إلا في إلخ: هذا استثناء من قوله: والموصى به يملك بالقبول يعني في المسألة المستثناة يملك بدون القبول. (البنية)

وهو أن يموت الموصي، ثم يموت الموصى له قبل القبول، فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحساناً، والقياس: أن تبطل الوصية؛ لما بيننا أن الملك موقوف، فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع، وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته، وإنما توقفت لحق الموصى له، فإذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة. قال: ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله: لم تجز الوصية؛ لأن الدين مقدم على الوصية؛ لأنه أهم الحاجتين، فإنه فرض، والوصية تبرع، وأبدأ بالسبأ بالأهم، فالأهم، إلا أن يرثه الغرماء؛ لأنه لم يبق الدين، فتتفد الوصية على الحد المشروع لحاجته إليها. قال: ولا تصح وصية الصبي، وقال الشافعي رحمته الله: تصح إذا كان في وجوه الخير؛ لأن عمر رحمته الله أجاز وصية يفاع أو يافع، وهو الذي راهق الحلم،*
الموصى به الدين الموصى من الدين الوصية القدوري قريب البلوغ ويفاع

أن تبطل إلخ: وفي بعض المواضع: القياس أن يكون ورثته بمنزلته في الرد والقبول، وفي الاستحسان: يلزمهم ذلك ردوا أو قبلوا. لحق الموصى له: إن شاء رد وإن شاء أجاز. قبل الإجازة: فإن البيع يتم، وتكون السلعة مورثة عن المشتري، فكذا هنا يكون الوصية مورثة عن الموصى له. [البنية ٤٠٤/١٣] لأن الدين مقدم إلخ: بالإجماع، وإن كانت الوصية مقدمة عليه في الذكر في قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾. على الحد المشروع: وهو الذي ذكره، وهو أن الورثة إما أن يكونوا فقراء أو أغنياء. (البنية) وصية الصبي: أي سواء مات قبل الإدراك، أو بعده. [الكفاية ٣٥٨/٩] وصية [لابنة عم له، وكان وارثه بالشام، كذا في الموطأ] يفاع أو يافع: هذا تشكيك الراوي، وهو عمرو بن سليم شك أن شيخه ذكر يفاع أو يافع. يفاع: يفاع - بفتح التحتية والفاء - مراهق، كذا في "المحلى"، وفي "الموطأ": أنه كان ذلك الصبي ابن عشر سنين، أو اثنتا عشرة سنة.

* روى مالك في "الموطأ" في القضاء عن عبد الله بن أبي بكر بن جزم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقى أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب: ههنا غلاماً يفاعاً لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام، وهو ذو مال وليس له ههنا إلا ابنة عم له، =

ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى، ولو لم تنفذ يبقَى على غيره، ولنا: أنه تبرع، والصبي ليس من أهله، ولأن قوله غير ملزم، وفي تصحيح وصيته قول بإلزام قوله، والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازاً، أو كانت وصيته في تجهيزه، وأمر دفنه، وذلك جائز عندنا، وهو يُحرزُ الثواب بالترك على ورثته كما بيناه، والمعتبر في النفع والضرر: النظر إلى أوضاع التصرفات لا إلى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق،

ولأنه: صحة وصية الصبي. الزلفى: أي القرب إلى الله تعالى، والدرجة العليا. (البنية) ولو لم تنفذ إلخ: يعني إذا نفذنا الوصية كان ماله باقياً على نفسه، فإنه يحصل لها بسببها نيل الزلفى، والدرجة العليا، ولو لم تنفذ يبقَى ماله على غيره، فكانت الوصية أولى. [العناية ٣٥٨/٩] ليس من أهله: ولهذا لا يملك التبرع بماله في حال الحياة بالإجماع بالهبة، أو بالصدقة، فكذلك لا يملكه بطريق الوصية أيضاً قياساً على الإطلاق. [البنية ٤٠٦/١٣] كان قريب العهد إلخ: يعني كان هو بالغاً، ولكن كان لم يمض على بلوغه زمان كثير، ومثله يسمى مراهقاً بطريق المجاز ألا ترى أن عمر ﷺ لم يستفسر أن وصيته كانت لعمل القربة أو لغيره كذا في "المبسوط". [الكفاية ٣٥٩/٩] مجازاً: أي سمي ذلك الصبي يفاعاً مجازاً، وما كان يفاعاً حقيقة. وذلك: الوصية في تجهيزه وأمر دفنه. يحوز الثواب إلخ: جواب عن قوله: ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى عندنا. [العناية ٣٥٩/٩] كما بيناه: إشارة إلى قوله: فالترك أولى؛ لما فيه من الصدقة على القريب إلخ. (العناية) في النفع إلخ: تنزل في الجواب كأنه يقول: سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب دون تركها، لكن المعتبر في النفع والضرر هو النظر إلى أوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة، ألا ترى أن الطلاق لا يصح منه، وإن أمكن أن يكون نافعاً بأن يطلق امرأة معسرة شوهاء، ويتزوج بأختها الموسرة الحسناء؛ لكون ذلك من العوارض، والوصية في الأصل تبرع، والصبي ليس من أهله. [العناية ٣٥٩/٩] النظر إلخ: يعني أن الوصية في وضعها ضرر لزوال الملك عن الموصي، وما كان في وضعه ضرر ليس بمشروع في حق الصبي، ألا ترى أن الطلاق والعناق لا يصحان من الصبي؛ لأنه ضرر لزوال الملك، وإن كانا قد يقعان بحسب اتفاق الحال.

= فقال عمر: فليوص لها، فأوصى لها بما يقال له بئر جشم، فال عمرو: فبيعت بثلاثين ألف درهم، وابنة عمه هي أم عمرو بن سليم. [ص ٦٤٨ - ٦٤٩، باب جواز وصية الضعيف والصغير والمصاب والسفيه]

فإنه لا يملكه، ولا وصيه، وإن كان يتفق نافعاً في بعض الأحوال، وكذا إذا أوصى، ثم مات بعد الإدراك؛ لعدم الأهلية وقت المباشرة، وكذا إذا قال: إذا ^{مباشرة الوصية} لا يصح ^{لا يصح} أدركت فثلث مالي لفلان وصية؛ لقصور أهليته، فلا يملكه تنجيزاً وتعليقاً، كما في الطلاق والعتاق، بخلاف العبد والمكاتب؛ لأن أهليتهما مستتمة، ^{تامة} والمانع حق المولى، فتصح إضافته إلى حال سقوطه. قال: ولا تصح وصية المكاتب، وإن ترك وفاء؛ ^{المانع} لأن ماله لا يقبل التبرع، وقيل على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا تصح، وعندهما: تصح ردّاً لها إلى مكاتب يقول: كل مملوك أملكه فيما أستقبل، فهو حرّ، ثم عتق فملك، والخلاف فيها معروف عُرِفَ في موضعه. قال: وتجوز الوصية للحمل، ^{القدوري}

الأحوال: بأن يطلق امرأة معسرة شرعاً، ويتزوج بأختها الموسرة الحسنى. (البنية) أوصى: أي لا يصح وصيته. في الطلاق: حيث لا يملكها تنجيزاً ولا تعليقاً. (البنية) بخلاف العبد إلخ: يعني إذا قال العبد أو المكاتب: إذا عتقت فثلث مالي وصية يصح. (البنية) وصية المكاتب: يعني تنجيزه؛ لأن الإضافة إلى العتق صحيحة كما مر آنفاً. [العناية ٣٦٠/٩] لا يقبل إلخ: ولهذا لا يصح عتقه وهبته. [البنية ٤٠٨/١٣] إلى مكاتب إلخ: يعني كما يصح إعتاق المكاتب عندهما في تلك المسألة تصح وصية المكاتب أيضاً عندهما إذا ترك وفاء؛ لأنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته، وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا يعتق ما ملكه بعد العتق في تلك المسألة، فكذاك ههنا لا ينفذ وصيته، وإن ترك وفاء. في موضعه: يعني في باب الحنث في ملك المكاتب والمأذون من إيمان "الجامع الكبير"، وما عرف ثمة هو أن المكاتب إذا قال: كل مملوك أملكه فيما أستقبل، فهو حر، فعتق، فملك لم يعتق عند أبي حنيفة رحمه الله، وعتق عندهما، لهما: أن ذكر الملك ينصرف إلى ملك كامل قابل للإعتاق، وهو ما بعد الحرية، ولأبي حنيفة رحمه الله: أن للمكاتب نوعين من الملك أحدهما: ظاهر، وهو ما قبل الإعتاق، والثاني: غير ظاهر، وهو ما بعد الإعتاق، فينصرف اليمين إلى الظاهر دون غير الظاهر. (العناية) للحمل: مثل أن يقول: أوصيت بثلث مالي؛ لما في بطن فلانة. [العناية ٣٦٠/٩]

وبالحمل إذا وُضِعَ لأقلَّ من ستة أشهر من وقت الوصية، أما الأول: فلأن الوصية استخلاف من وجه؛ لأنه يجعله خليفةً في بعض ماله، والجنينُ صلح خليفة في الإرث، فكذا في الوصية؛ إذ هي أختُه إلا أنه يرتدُّ بالردِّ؛ لما فيه من معنى التملك، ^{الوصية الإرث} بخلاف الهبة؛ لأنها تملك محض، ولا ولاية لأحد عليه ليملكه شيئاً. وأما الثاني: فلأنه بعرض الوجود؛ إذ الكلام فيما إذا عُلِمَ وجوده وقت الوصية، وبأبها أوسع؛ ^{وهو الوصية به} لحاجة الميت وعجزه، ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة، فلأن تصح في الموجود ^{الوصية} أولى. قال: ومن أوصى بجارية إلا حملها: صحت الوصية والاستثناء؛ ^{القلدوري}

وبالحمل: كما إذا أوصى بما في بطن جاريته ولم يكن من المولى. (العناية) إذا وضع إحداه: أي إذا علم أنه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له، أو به، ومعرفة ذلك بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي، واختاره المصنف، وصححه الإسيحي في شرح "الكافي" ومن وقت موت الموصي على ما ذهب إليه الفقيه أبو الليث، واختاره صاحب "النهاية". (العناية) لأقل: أما إذا ولدت لستة أشهر، أو لأكثر، فلا وصية؛ لاحتمال الوجود والعدم حيثئذ. الأول: وهو الوصية للحمل. [العناية ٣٦٠/٩] خليفة في بعض إحداه: بعد موته لا أنه يملكه في الحال. (العناية) إلا أنه: أي أن فعل عقد الوصية أو الإيضاء. [البنية ٤٠٩/١٣] معنى التملك: دون الميراث؛ لعدم ذلك فيه. (العناية) بخلاف الهبة: متصل بقوله: وتجوز الوصية للحمل يعني أن الهبة للحمل لا تصح؛ لأنها تملك محض، والجنين ليس بصالح لذلك؛ لأن الملك بالهبة إنما يثبت بالقبض، ولا قدرة لأحد عليه ليملكه شيئاً يحصل الملك فيه للقبض. [العناية ٣٦٧/٩] كالثمرة: إيضاح ذلك فيما قاله الكرخي في "مختصره" رجل أوصى له بثمرة بستان، وهو يخرج من الثلث، ثم مات، فإن أبا حنيفة رحمته الله قال في ذلك: إن كان فيه ثمرة، فليس له إلا تلك الثمرة وإن لم يكن فيه ثمرة، فثمرته أبداً من الثلث. (البنية) ومن أوصى إحداه: يعني من قال: أوصيت بهذه الجارية لفلان إلا حملها صحت الوصية، والاستثناء جميعاً؛ لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً؛ لأنه ليس بموضوع له، ولا هو داخل في الموضوع، وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناءه من الجارية كقصيصها، أو سراويلها مما يتلبس بها. [العناية ٣٦٣/٩] والاستثناء: يعني تكون الجارية للموصى له بها، ويكون الحمل للورثة. [البنية ٤١٠/١٣]

لأن اسم الجارية لا يتناول الحملَ لفظاً، ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً، فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها، ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية، فجاز استثنائه، وهذا هو الأصل: أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثنائه منه؛ إذ لا فرقَ بينهما، وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثنائه منه، وقد مرَّ في البيوع. قال: ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية؛ لأنه تبرع لم يتم، فجاز الرجوع عنه كالهبة، وقد حققناه في كتاب الهبة، ولأن القبول يتوقف على الموت، والإيجاب يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع.

موت الموصي

بالإطلاق: أي إذا أطلق اسم الجارية، ولم يستثن. لا فرق بينهما: أي بين صحة إفراد العقد عليه، وبين الاستثناء. [البنية ١٣/٤١٠] إذ يعتمد كل واحد منهما على أن يكون المحل معلوماً، فكما لا يصح إيراد العقد على المجهول لا يصح استثناء المجهول منه، وهذا لأن الاستثناء هو المنع، فما يصح إثبات الحكم فيه على الانفراد يصح منع الحكم عنه، والاستثناء ههنا موجود؛ لأن باب الوصية أوسع، فالحمل وإن كان يدخل في الجارية بطريق التبعية يجعله بمنزلة ما تناوله اللفظ في حق صحة الاستثناء لتوسع باب الوصية كما يجعل المعدوم فيه موجوداً لهذا المعنى. [الكفاية ٣٦٤/٩]

لا يصح استثنائه إلخ: كما في شراء جارية إلا حملها. (البنية) البيوع: في باب بيع الفاسد. [البنية ١٣/٤١٠] لأنه تبرع إلخ: يعني أن الوصية تبرع، فيحوز الرجوع فيه كما في الهبة، بل بالطريق الأولى؛ لأن الهبة تمت بالقبض، والوصية لا تتم إلا بالقبول بعد موت الموصي، فإذا جاز الرجوع في الهبة مع تمامها؛ لكونها تبرعاً، فلأن يجوز الرجوع في الوصية قبل تمامها بالطريق الأولى؛ لأنه لا إلزام فيه على المتبرع.

ولأن القبول: أي قبول الموصي له الوصية يمكن أن يقرر هذا الدليل بأن الملك موقوف على القبول، والقبول موقوف على الموت، فالملك موقوف على الموت، فقبل الموت لا يحصل الملك، فيصح للموصي الرجوع عن الوصية، وقوله: والإيجاب إلخ دفع دخل مقدر، تقريره: أن الموصي أوجب الوصية، فكيف يرجع؟ فإن فيه إبطال الإيجاب. يتوقف: فقبل الموت ما تحقق القبول، فبقي إيجاب الصرف، والإيجاب إلخ. كما في البيع: أي الإيجاب المفرد يجوز إبطاله في المعاوضات كما في البيع، ففي التبرع أولى. [العناية ٣٦٤/٩]

قال: وإذا صرّح بالرجوع، أو فعَلَ ما يدل على الرجوع: كان رجوعاً، أما القدوري
 الصريح: فظاهر، وكذا الدلالة؛ لأنها تعمل عمل الصريح، فقام مقام قوله: قد
 أبطلت، وصار كالبيع بشرط الخيار، فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة، ثم كلُّ فعلٍ
 لو فعله الإنسان في ملك الغير ينقطع به حقُّ المالك، فإذا فعله الموصي كان رجوعاً،
 وقد عددنا هذه الأفاعيلُ في كتاب الغصب، وكل فعل يوجب زيادةً في الموصى به،
 ولا يمكن تسليمُ العين إلا بها، فهو رجوع إذا فعله مثل: السويق يَلُثُّه بالسمن،
 والدار يسبني فيها الموصي، والقطن يحشو به، والبطانة يبطن بها، والظاهرة يظهر بها؛
 لأنه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة، ولا يمكن نقضها؛ لأنه حصل في ملك الموصي
 من جهته، بخلاف تخصيص الدار الموصى بها، وهدمُ بنائها؛

الصريح: وهو أن يقول: رجعت عما أوصيت به لفلان. [العناية ٣٦٤/٩] فظاهر: لما قلنا: إن الوصية تبرع، والقبول فيها موقوف على الموت. بالدلالة: أي إذا فعل المشتري ما يدل على إبطال خياره.
 حق المالك: كمن غصب حنطة فطحنها، أو حديداً فاتخذها سيفاً، أو صفاً فعمله آنية. الموصي: في الموصى به بعد الوصية. كان رجوعاً: حتى أن من أوصى لإنسان بثوب، فقطعه وخاطه قميصاً، أو أوصى بقطن، فغزله، أو نسجه، أو أوصى بحديدة فاتخذ منها سيفاً، فهذه التصرفات دلالة الرجوع؛ لأنها استهلاك العين حكماً، ألا ترى أنه ينقطع ملك الموصوب منه بهذه التصرفات. [الكفاية ٣٦٤/٩]

وكل فعل إلخ: أي كل فعل يوجب زيادة في الموصى به بحيث لا يمكن تمييزها، أو لا يستحق عليه نقضها، كان رجوعاً؛ لأنه لا يمكن تسليم العين الموصى به إلا بتسليم تلك الزيادة، ولا يجب ذلك عليه، فيدل على الرجوع كما إذا لت السويق الموصى به بسمن، أو ببنى بناء في الدار الموصى بها، وكذا إذا أوصى بقطن، ثم حشا بها، أو بثوب فجعله ظهارة، أو بطانة؛ لأنه لا يجب عليه نقض ذلك؛ لكونه تصرفاً في ملكه، وهذا بخلاف تخصيص الدار، وهدم بنائها، حيث لا يكون رجوعاً؛ لأن البناء تبع، والتخصيص زينة.

لأنه تصرف في التابع، وكلُّ تصرفٍ أوجب زوالَ ملكِ الموصي فهو رجوع كما إذا باع العينَ الموصى به، ثم اشتراه، أو وهبه، ثم رجع فيه؛ لأن الوصية لا تنفذ إلا في ملكه، فإذا أزاله كان رجوعاً، وذبحُ الشاةِ الموصى بها رجوع؛ لأنه للتصرف إلى حاجته عادة، فصار هذا المعنى أصلاً أيضاً، وغسلُ الثوبِ الموصى به لا يكون رجوعاً؛ لأن مَنْ أراد أن يعطي ثوبه غيرَه يغسله عادة، فكان تقريراً. قال: وإن جحد الوصية: لم يكن رجوعاً كذا ذكره محمد رحمته، وقال أبو يوسف رحمته: يكون رجوعاً؛ لأن الرجوع نفى في الحال، والجحود نفى في الماضي والحال، فأولى أن يكون رجوعاً، نفى الوصية

تصرف في التابع: والتصرف في التابع لا يدل على إسقاط الحق على الأصل في التخصيص؛ لأنه بناء، والبناء تبع. (البنية) رجوع: وكان ينبغي أن لا يطل الوصية؛ لأنه نقصان كما إذا قطع ثوبه، ولم يخطه، أو هدم بناء دار، ولكن نقول: يطل الوصية؛ لأن الذبح دليل على استيفاء على ملكه، فكان دليل الرجوع؛ لأنه تصرف لا يقيه عادة إلى وقت الموت؛ لأن اللحم قلما يبقى عادة إلى وقت الموت، فصار من هذا الوجه دلالة للرجوع. هذا المعنى: أي التصرف لحاجته. [البنية ٤١٣/١٣]

تقريراً: أي تقريراً للوصية؛ ليصل الموصى به إلى الموصى له على ألطف حال. (الكفاية) الوصية: بأن قال: لم أوص لفلان، أو ما أوصيت له. ذكره محمد: أي في "الجامع الكبير"، وذكر في "المبسوط" أنه رجوع، قيل: ما ذكره في "الجامع الكبير" محمول على أن الجحود كان عند غيبة الموصى له، وهذا لا يكون رجوعاً على الروايات كلها، وما ذكر في "المبسوط" محمول على أن الجحود كان عند حضرة الموصى له، وعند حضرته يكون رجوعاً، وقيل في المسألة روايتان، وقيل: ما ذكر في "الجامع" قول محمد رحمته، وما ذكر في "المبسوط" قول أبي يوسف رحمته، وهو الأصح. [الكفاية ٣٦٥/٩]

فأولى: ألا ترى أن جحود التوكيل عزل، وجحود المتبايعين إقالة. [الكفاية ٣٦٦/٩] وإذا كان نفى الحال وحده رجوعاً، فنفي الماضي والحال أولى أن يكون رجوعاً. [العناية ٣٦٦/٩]

ولحمد رحمته: أن الجحود نفي في الماضي، والانتفاء في الحال ضرورة ذلك، وإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً، أو لأن الرجوع إثبات في الماضي، ونفي في الحال، والجحود نفي في الماضي والحال، فلا يكون رجوعاً حقيقة، ولهذا لا يكون جحود النكاح فُرقةً. ولو قال: كل وصية أوصيت بها لفلان، فهو حرام، وربما: لا يكون رجوعاً؛ لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل، بخلاف ما إذا قال: فهي باطلة؛ لأنه الذهاب المتلاشي. ولو قال: أخرتها لا يكون رجوعاً؛ لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين،
الوصية

أن الجحود إلخ: يعني أن الجحود لما كان نفيًا في الماضي، والانتفاء في الحال ضروري، فيكون النفي في الماضي تضمناً للانتفاء في الحال ضرورة. [البنية ١٣/٤١٣] ضرورة: يعني ضرورة النفي في الماضي. ذلك: لاستمرار ذلك إن ثبت ما لم يغير. (العناية) وإذا كان ثابتاً إلخ: أي إذا كان الكذب ثابتاً في الحال؛ لكونه كاذباً في جحوده؛ إذ القرض أنه أوصى، ثم جحد كان النفي في الماضي باطلاً، فيبطل ما هو من ضرورته، وهو الانتفاء في الحال، فكان الجحود لغواً. [العناية ٩/٣٦٧]

أو لأن إلخ: أي أن الرجوع عن الوصية عبارة عن إثباتها في الماضي، وإبطالها في الحال، والجحود عبارة عن نفيها في الماضي والحال جميعاً، فلما كان الرجوع إثباتاً في الماضي، والجحود نفيًا في الماضي لا يكون الجحود رجوعاً للمنافاة بين الإثبات والنفي. ولهذا لا يكون إلخ: يعني مستعار للطلاق؛ لأن الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي، والطلاق يقتضي وجوده، فكانا متقابلين، فلا يجوز استعارة أحدهما للآخر. [العناية ٩/٣٦٧] كل وصية إلخ: هذه المسألة مع ما بعدها إلى الباب من مسائل "الجامع الصغير"، إلا مسألة تأخير الوصية. [البنية ١٣/٤١٤]

لأن الوصف إلخ: يعني وصف الوصية بأنها حرام اقتضى رباً يقتضي كون أصل الوصية باقياً؛ لأنه لا وجود لصفته بدون قيامها بالموصوف، فلما اقتضى الوصف بقاء الأصل لم يكن الوصف بالحرمة أو الربا دليل الرجوع. (البنية) فهي باطلة: أي بأن قال: كل وصية أوصيت بها لفلان، فهي باطلة. (البنية) ليس للسقوط: يعني لا يدل على السقوط. (البنية) كتأخير الدين: فإنه لا يسقط به. [البنية ١٣/٤١٤]

بخلاف ما إذا قال: تركت؛ لأنه إسقاط، ولو قال: العبد الذي أوصيت به لفلان، فهو لفلان: كان رجوعاً؛ لأن اللفظ يدل على قطع الشركة، بخلاف ما إذا أوصى به لرجل، ثم أوصى به لآخر؛ لأن المحل ^{عبد} يحتمل الشركة، واللفظ صالح لها، وكذا إذا قال: فهو لفلان وارثي: يكون رجوعاً عن الأول؛ لما بينا، ويكون وصية للوارث، وقد ذكرنا حكمه. ولو كان فلان الآخر ميتاً حين أوصى: فالوصية الأولى على حالها؛ لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثاني، ولم يتحقق، فبقي للأول، ولو كان فلان حين قال ذلك حياً، ثم مات قبل موت الموصي: فهي للورثة؛ ^{الوصية} لورثة الموصي لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع، والثانية بالموت، والله أعلم.

يدل على إلخ: قيل: لأنه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك، وإنما جعل تلك الوصية بعينها لغيره. [العناية ٣٦٧/٩] قطع الشركة: وهذا لأن هذا اللفظ يقطع شركة الأول عن الثاني. (الكفاية) لرجل: فالعبد بين الموصي لهما نصفين. واللفظ صالح لها: لأن اللفظ لا يقتضي قطع الشركة، ولهذا لو جمع بينهما، بأن قال: هو لفلان، ولفلان لا يقطع شركة الأول. [الكفاية ٣٦٧/٩] قال: بأن قال: كل وصية أوصيت بها لفلان، فهو لفلان وارثي. [البنية ٤١٥/١٣]

وقد ذكرنا حكمه: وهو أن الورثة بالخيار إن شاعوا أجازوا، وإن شاعوا ردوا. [الكفاية ٣٦٨/٩] ولو كان إلخ: يعني لو قال: كل وصية أوصيت بها لفلان الآخر، حين أوصى له ميتاً لم يصح الرجوع؛ لأنه لم يصح النقل عن الوصية الأولى؛ لأن الوصية للميت باطلة، فصار كأنه لم يوص لأحد بعد الوصية الأولى. [البنية ٤١٥/١٣] ولو كان فلان إلخ: يعني إذا كان فلان الآخر حياً حين أوصى له يصح النقل عن الوصية الأولى، ثم إذا مات الموصى له الثاني قبل موت الموصي يطل الوصية الثانية أيضاً بموته قبل الموصي، فبطلت الوصيتان جميعاً الأولى برجوع للموصى عنها، والثانية بموت الموصى له الثاني قبل موت الموصي.

باب الوصية بثلث المال

قال: ^{القنبري} ومن أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بثلث ماله، ولم تُجزر الورثة، فالثلث بينهما؛ لأنه يضيق الثلث عن حقهما؛ إذ لا تزداد عليه عند عدم الإجازة على ما تقدم، وقد تساويا في سبب الاستحقاق، فيستويان في الاستحقاق، والمحلُّ يقبل الشركة، فيكون بينهما. وإن أوصى لأحدهما بالثلث، ولآخر بالسدس: فالثلث بينهما أثلاثاً؛ لأن كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح، وضاق الثلث عن حقيهما، فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون، فيجعل الأقلّ سهماً، والأكثر سهمين، فصار ثلاثة أسهم: سهم لصاحب الأقلّ، وسهمان لصاحب الأكثر.

باب الوصية إلخ: لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الباب. [العناية ٣٦٨/٩] ولم تجز الورثة: إنما قيد بقوله: ولم تجز الورثة؛ لأنه إذا أجازه الورثة يضرب كل واحد من الموصي لهما بوصيته، فيكون لهما الثلثان، والثلث للورثة، فإذا انعدمت الإجازة كان الثلث بينهما نصفين، والثلثان للورثة؛ لأنهما تساويا في سبب الاستحقاق؛ لأنه ليس واحد منهما أحق بثلث المال من الآخر، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق؛ لأن ثبوت الحكم بقدر ثبوت العلة، فيكون ثلث المال بينهما نصفين؛ لأنه هو محل الوصية، وهو قابل للشركة. ما تقدم: من عدم الجواز بأكثر من الثلث. [البنية ٤١٦/١٣]

بسبب صحيح: الفرق بين السبب الصحيح، وغير الصحيح على قول أبي حنيفة رحمته الله: أن كل سبب يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه، فهو سبب صحيح، وما لا يتعلق به الاستحقاق إلا بمعنى ينضم إليه ليس بصحيح، ألا ترى أن الدعوى لا يتعلق بها الاستحقاق إلا بانضمام معنى آخر، إما إقرار، أو بينة، أو حكم حاكم. الثلث: لأن حقهما يزيد على الثلث بسدس. الديون: أي غرماء الميت إذا ضاقت التركة عن ديونه.

وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله، وللآخر بثلث ماله، ولم تُجزر الورثة: فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما، وقال أبو حنيفة رحمته: الثلث بينهما نصفان، ولا يضرب أبو حنيفة رحمته للموصى له بما زاد على الثلث إلا في المحاباة، والسعاية والدراهم المرسلة.

ولم تجز الورثة: إنما قيد بعدم إجازة الورثة؛ لأنه إذا أجاز الورثة يكون لصاحب الجميع خمسة، ولصاحب الثلث سهم واحد عند أبي حنيفة رحمته، وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمتهما: لصاحب الجميع ثلث أرباعه، ولصاحب الثلث رבעه. ولا يضرب [أي لا يعطي أبو حنيفة رحمته له شيئاً زائداً] إلخ: قالوا: ضرب له في ماله سهماً أي جعل، وعلى هذا في "المختصر" أبو حنيفة رحمته لا يضرب للموصى له فيما زاد على الثلث على حذف المفعول كأنه قيل: لا يجعل له شيئاً فيه، ولا يعطيه كذا في "المغرب". [الكفاية ٤٦٨/٩]

في المحاباة: وصورتها: أن يكون له عبدان قيمة أحدهما ألف ومائة، وقيمة الآخر ست مائة، وأوصى بأن يباع واحد منهما لفلان بمائة، والآخر لفلان آخر بمائة، فهنا قد حصلت المحاباة لأحدهما بألف، وللآخر بخمس مائة، وذلك كله وصية؛ لأنه في حال المرض، فإن لم يكن له مال غير هذين العبدين، ولم تجز الورثة، جازت المحاباة بقدر الثلث، فيكون بينهما أثلاثاً يضرب الموصى له بالألف بحسب وصيته، وهي الألف، والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمس مائة، فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة رحمته وجب أن لا يضرب الموصى له بالألف بجميع الألف؛ لأنها تزيد على ثلث المال. [الكفاية ٣٦٨/٩]

والسعاية: صورة السعاية أن يوصى بعق عبدين قيمة أحدهما ألف، وقيمة الآخر ألفان، ولا مال له غيرهما، إن أجازت الورثة عتقا جميعاً، وإن لم يجزوا عتقا من الثلث، وثلث ماله ألف، فالألف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف للذي قيمته ألفان، وثلثا الألف للذي قيمته ألف، ويسعى في الباقي. (العناية) والدراهم المرسلة: [أي المطلقة، وهي ما كانت وصيته بشيء غير عينه، ولم ينسب إلى جزء من المال]. (الكفاية ٣٦٨/٩) صورة الدراهم المرسلة أي المطلقة هي أن يوصى لرجل بألفين، وللآخر بألف درهم وثلث ماله ألف درهم، ولم تجز الورثة؛ لأنه يكون بينهما أثلاثاً كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته؛ لأن الوصية في مخرجها صحيحة؛ لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث، ولا كذلك فيما إذا أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بنصف ماله، أو بجميع ماله؛ لأن اللفظ في مخرجه لم يصح؛ لأن ماله لو كثر، أو خرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية، ولا يخرج من الثلث. [العناية ٣٦٩/٩]

لهما في الخلافة: أن الموصي قصد شيئين: الاستحقاق والتفضيل، وامتنع الاستحقاق لحقّ الورثة، ولا مانع من التفضيل، فثبت كما في المحابة وأختيها. وله: أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة؛ إذ لا نفاذ لها بحال، ^{الزيادة على الثلث} فيبطل أصلاً، والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق، فبطل بطلانه كالمحابة الثابتة في ضمن البيع، بخلاف مواضع الإجماع؛ لأن لها نفاذاً في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة، فتعتبر في التفاضل؛ لكونه مشروعاً في الجملة، بخلاف ما نحن فيه، وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعينٍ من تركته، وقيمتُهُ تزيد على الثلث،

الخلافة: وهي ما إذا أوصى لأحدهما بجميع ماله، والآخر بثلثه. (العناية) قصد إلخ: أي قصد بوصيته بجميع ماله أن يكون الموصى له مستحقاً لجميع ماله، وأن يكون سهمه فاضلاً عن سهم الموصى له بالثلث، وامتنع الأول لتعلق حق الورثة بما زاد على الثلث، و يثبت الباقي لعدم المانع، فيضرب الموصى له بالكل بجميع وصيته، فيكون الثلث بينهما أرباعاً، ويكون سهم الموصى له بالكل فاضلاً عن سهم الموصى له بالثلث، فيحصل مقصود الميت بقدر الإمكان. والتفضيل: أي تفضيل بعض أهل الوصايا على البعض. [العناية ٣٦٩/٩] وأختيها: وهما السعاية والدراهم المرسله. [البنية ٤١٧/١٣] أن الوصية إلخ: يعني أن وصية الموصي بما زاد على الثلث وصيته بغير المشروع؛ لأنه لا يملك ذلك إذا لم تجز الورثة، فإذا لم يثبت الاستحقاق في الزائد على الثلث لا يثبت بالفضل أيضاً؛ لأنه بناء على الاستحقاق، وثابت في ضمنه، فإذا انتفى المتضمن انتفى ما في ضمنه. ببطلانه: والزيادة لما بطلت بقي كل منهما موصى له بالثلث، وفي ذلك يتساويان، فكذلك ههنا. [العناية ٣٦٩/٩] البيع: أي تبطل المحابة ببطلان البيع، وتصح بصحته. [الكفاية ٣٦٩/٩] الإجماع: يعني المحابة وأختيها. (العناية) لأن لها [أي للوصية في هذه المواضع] نفاذاً إلخ: أي لأن الوصية ثمه صحيحة في مخرجها؛ لأن لها نفاذاً في الجملة من غير إجازة الورثة؛ لأنه لا يجوز أن يكتسب مالاً قبل الموت، فيخرج الوصايا من الثلث، وليس كذلك إذا أوصى بجميع المال لواحد، ولآخر بالثلث؛ لأن ماله وإن كثر لا يخرج ذلك من الثلث، فعلم أن الوصية لم تصح في مخرجه. وهذا: أي الوصية بالدراهم المرسله.

فإنه يضرب بالثلث، وإن احتمل أن يزيد المال، فيخرج من الثلث؛ لأن هناك الحقَّ تعلّق بعين التركة بدليل أنه لو هلك، واستفاد مالا آخر تبطل الوصية، وفي الألف المرسله لو هلك التركة تنفذ فيما يستفاد، فلم يكن متعلقاً بعين ما تعلّق به حقُّ الورثة. قال: وإذا أوصى بنصيب ابنه: فالوصية باطلة، ولو أوصى بمثل نصيب ابنه: جاز؛ لأن الأول وصية بمال الغير؛ لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت، والثاني وصية بمثل نصيب الابن، ومثل الشيء غيره، وإن كان يتقدّر به فيجوز، وقال زفر رحمته الله: يجوز في الأول أيضاً، فنظر إلى الحال، والكلُّ ماله فيه، وجوابه ما قلنا. قال: ومن أوصى بسهم من ماله: فله أحسُّ سهام الورثة، إلا أن ينقص عن السدس، فيتم له السدس، ولا يزداد عليه،

فإنه: أي فإن الموصى له. (البنية) أن يزيد المال: باكتساب هذا العبد مالا، فتصير رقبته مساوية لثلث المال، أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال. (البنية) الحق: أي حق الموصى له. [البنية ١٣/٤١٨] تعلّق: وحق الورثة متعلّق بين التركة أيضاً فيما زاد على الثلث، فيبطل حقه فيما زاد على الثلث؛ لاستحالة اجتماع الحقين. [الكفاية ٣٧٠/٩] حق الورثة: فلا يلزم بطلانه؛ لأن الوصية في مخرجها صحيحة، ولهذا ضرب الموصى له في الثلث بما زاد على الثلثين. [البنية ١٣/٤١٩] بنصيب ابنه: وهو موجود، بطلت وصيته، وإن لم يكن له ابن صحت. (العناية) جاز [كان له ابن أو لم يكن. (العناية)]: ويكون ذلك وصية بنصف المال إذا كان له ابن واحد، فإن أجازته جاز، وإلا كان له الثلث. بمال الغير: والوصية بمال الغير لا تجوز. [العناية ٣٧٠/٩] والثاني: وهو الوصية بمثل نصيب ابنه. (البنية) الأول: أي إذا أوصى بنصيب ابنه. الحال: أي بالنظر إلى حال الوصية، وفي بعض النسخ: ينظر إلى المال حال الوصية، فإن المال سهم في ذلك المال؛ لكونه حياً بعد. [البنية ١٣/٤١٩] ماله: أي مال الميت في الحال، فلم يكن وصيته بمال الغير. ما قلنا: وهو قوله: لأن الأول وصية بمال الغير. (العناية)

وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: له مثل نصيب أحد الورثة، ولا يزداد على الثلث إلا أن يجوز الورثة؛ لأن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفاً لا سيما في الوصية، والأقل متيقن به، فيصرف إليه إلا إذا زاد على الثلث، فيرد عليه؛ لأنه لا مزيد عليه الثلث عند عدم إجازة الورثة، وله: أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه، وقد رفعه إلى النبي عليه السلام فيما يروى،* ولأنه يذكر، ويراد به السدس، السهم

عند أبي حنيفة رحمته الله: فهذه الرواية تفيد أنه لا ينقص عن السدس، ولا يزداد عليه، وفي "المبسوط": إذا أوصى لرجل من ماله، فله مثل أخس سهام ورثته إلا أن يكون أخس سهام الورثة أكثر من السدس، فلا يزداد عليه في قول أبي حنيفة رحمته الله، وقال في "الجامع الصغير": له أخس سهام الورثة إلا أن يكون أقل من السدس، فحينئذ يعطى له السدس، فعلى رواية الأصل جوز أبو حنيفة رحمته الله النقصان عن السدس، ولم يجوز الزيادة على السدس، وعلى رواية "الجامع الصغير" جوز الزيادة على السدس، ولم يجوز النقصان عن السدس، ورواية "الهداية" تخالفهما حيث لم يجوز الزيادة ولا النقصان، وقيل عن هذا: الحق بهذا الموضع الإمام جلال الدين ابن المصنف قوله: وفي رواية إلا أن يزيد على السدس، فيكون له السدس. [الكفاية ٢٧٠/٩-٢٧٢]

له مثل إلخ: أي له أقل الأنصباء، لكن ذلك الأقل لو زاد على السدس يزداد عندهما، ولكن لا يزداد على الثلث، صورة هذه المسألة: إذا أوصت المرأة بسهم من مالها، ثم ماتت وتركت زوجاً وبتناً يعطى له السدس في قول أبي حنيفة رحمته الله، وعندهما يعطى له الربع. [الكفاية ٣٧٢/٩]

لأن السهم إلخ: أي الوصية أخت الميراث، ثم الميراث مخصوص بسهام الموارث، فكذا الوصية تنصرف إلى السهم المعروف في الميراث، لكن الأقل يتيقن مراداً لكونه يقيناً، إلا أن يزيد أقل الأنصباء على الثلث مثل رجل هلك، وترك أختاً وعماً، ومثل امرأة تركت زوجاً وأختاً، وأوصى أحدهما لرجل بسهم من ماله، فيكون موصياً بالنصف، فلا يسلم الفضل على الثلث إلا بالإجازة. الوصية: لأنها أخت الميراث.

* أخرجه البزار في "مسنده"، والطبراني في "معجمه الوسط" عن محمد بن عبيد الله العزمي عن أبي قيس عن هزيل بن شرحبيل عن ابن مسعود أن رجلاً وصى لرجل بسهم من ما له، فجعل له النبي ﷺ السدس، وقال: حديث لا نعلمه يروى عن النبي ﷺ إلا من هذا الوجه، وأبو قيس ليس بالقوي، =

فإن إياساً قال: السهم في اللغة عبارة عن السدس، ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة، فيعطى ما ذكرنا، قالوا: هذا كان في عرفهم، وفي عرفنا السهم كالجزة. قال: ولو أوصى بجزء من ماله، قيل للورثة: أعطوه ما شئتم؛ لأنه مجهول يتناول القليل والكثير، غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية، والورثة قائلون بمقام الموصي، فإليهم البيان. قال: ومن قال: سدس مالي لفلان، ثم قال في ذلك المجلس، أو في مجلس آخر: له ثلث مالي، وأجازت الورثة: فله ثلث المال، ويدخل السدس فيه ومن قال: سدس مالي لفلان، ثم قال في ذلك المجلس، أو في غيره: سدس مالي لفلان،

إياساً: هو ابن معاوية بن قرة القاضي بالبصرة ولاء عمر بن عبد العزيز رحمته الله. (البنية) ما ذكرنا: أي الأقل من سهام الورثة، ومن السدس للتيقن به، أو الأكثر منهما؛ كيلا ينقص من السدس على حسب اختلاف الروايتين ورواية هذا الكتاب، إلا أن ينقص عن السدس، فيتم له السدس، ولا يزداد عليه لا يوافقها قوله: فيعطى ما ذكرنا على هذا التفسير. [الكفاية ٣٧٢/٩-٣٧٣] قالوا: أي المشايخ في شروح "الجامع الصغير". [البنية ٤٢٢/١٣] بجزء من ماله: ولو أوصى ببعض من ماله، أو بطائفة، أو بنصيب، أو بشيء، فالحكم كذلك. [العناية ٣٧٤/٩] صحة الوصية: لأن باب الوصية أوسع.

ثلث المال: معناه: حقه الثلث وإن أجازت. (العناية) ويدخل السدس: من حيث أنه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث، ويحتمل أنه أراد بها إيجاب الثلث على السدس، فيجعل السدس داخلاً في الثلث؛ لأنه متيقن، وحملاً للكلام على ما يملكه، وهو الإيصاء بالثلث. [العناية ٣٧٤/٩]

= وقد روى عنه شعبة والثوري والأعمش وغيرهم، ولفظ الطبراني أن رجلاً جعل لرجل على عهد رسول الله ﷺ سهماً من ماله، فمات الرجل، ولم يدر ما هو، فرفع ذلك إلى رسول الله ﷺ فجعل له السدس من ماله، وقال: لم يروه عن أبي قيس إلا العزمي، ولا يروى عن النبي ﷺ متصلاً، إلا بهذا الإسناد [نصب الراية ٤٠٧/٤]

قال الهيثمي في "مجمع الزوائد": رواه البزار، وفيه محمد بن عبيد الله العزمي. [٢١٣/٤]

وهو يخرج: أي الثلث الباقي بعد هلاك الثلثين يخرج من ثلث بقية مال الموصي. [البنية ١٣/٤٢٣] ماله: سوى الدراهم أو الغنم. ما بقي: أي جميع الثلث الباقي من الدراهم، أو الغنم. ما بقي: من الدراهم أو الغنم. واحد: أي من الهالك والباقي. [العناية ٩/٣٧٤] بينهم: أي بين الورثة و بين الموصى له. (البنية) ما توى منه: أي ما هلك من مال مشترك. [البنية ١٣/٤٢٣]

وصار كما إذا كانت التركة أجناساً مختلفة. ولنا: أن في الجنس الواحد يمكن جمعُ حقِّ أحدهم في الواحد، ولهذا يجري فيه الجبرُّ على القسمة وفيه جمع، والوصيةُ مقدَّمة، فجمعناها في الواحد الباقي، وصارت الدراهم كالدرهم، بخلاف الأجناس على الميراث ^{من الثلث} المختلفة؛ لأنه لا يمكن الجمعُ فيها جبراً، فكذا تقديماً. قال: ولو أوصى بثلث ثيابه، ^{على القسمة} فهلك ثلثاها، وبقي ثلثها، وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله: لم يستحق إلا ثلثَ ما بقي من الثياب، قالوا: هذا إذا كانت الثيابُ من أجناس مختلفة، ^{الثلث الباقي} ^{المشايخ}

أجناساً مختلفة: بأن كان له إبل وبقر وغنم، فأوصى بثلث هذه الأصناف لرجل، فهلك صنفان، وبقي صنف واحد أعني بقي الإبل، أو بقي الغنم، فللموصى له ثلث الباقي في قولهم جميعاً. يمكن جمع إلخ: أي يمكن جمع حق شائع لكل واحد في فرد واحد، ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة مع ما فيه من الجمع، وإذا أمكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقي تقديماً للوصية على الإرث؛ لأن الموصى له جعل حاجته في هذا المعين مقدمة على حق الورثة بقدر الموصى به، فكان حق الورثة كالتبع، وحق الموصى له كالأصل، والأصل في مال اشتمل على أصل وتبع؛ إذ هلك شيء منه أن يجعل الهالك من التبع دون الأصل كمال المضاربة إذا كان فيه ربح، وهلك بعضه يصرف الهالك إلى الربح لا إلى رأس المال. [العناية ٣٧٤/٩]

القسمة: إذا كانت الأشياء المشتركة من جنس واحد طلب واحد من الشركاء القسمة. جمع: أي جمع حق شائع لكل واحد في فرد. [البنية ٤٢٣/١٣] وصارت الدراهم إلخ: أي صارت الوصية بثلث الدراهم كالوصية بالدراهم الواحد، ولو أوصى بدرهم، وله ثلاثة دراهم، فهلك درهمان، وبقي درهم، وهو يخرج من الثلث كان له الدرهم فكذلك هذا. [العناية ٣٧٤/٩]

بخلاف الأجناس إلخ: جواب عن قول زفر رحمته الله: كما إذا كانت التركة أجناساً، ووجهه: أن الجمع فيها غير ممكن، فإنه إذا تركها، وطلب بعض الورثة القسمة، وأبى الباقيون، فإن القاضي لا يجبرهم على القسمة؛ لأن الغرض من القسمة الانتفاع، فلا بد من المعادلة، وهي فيها متعذرة، وإذا تعذر الجمع تعذر التقسيم؛ لأن فيه الجمع، فبقي الكل مشتركاً بين الورثة، والموصى له أثلاثاً، فما هلك هلك على الشركة، وما بقي بقي عليها أثلاثاً. [العناية ٣٧٤/٩]

ولو كانت من جنس واحد: فهو بمنزلة الدراهم، وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها؛ لأنه يجري فيه الجمع جبراً بالقسمة. ولو أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه، ^{المكيل والموزون} فمات اثنان: لم يكن له إلا ثلث الباقي، وكذا الدور المختلفة. وقيل: هذا على قول أبي حنيفة رحمته الله وحده؛ لأنه لا يرى الجبر على القسمة فيها، وقيل: هو قول الكل؛ لأن عندهما للقاضي أن يجتهد ويجمع، وبدون ذلك يتعذر الجمع، والأول أشبه للفقهاء المذكور. قال: ^{الفتوري} ومن أوصى لرجل بألف درهم،

بمنزلة الدراهم: يعني يستحق جميع الثوب الباقي إذا كان يخرج من الثلث كالدراهم الباقي. بمنزلتها: أي بمنزلة الدراهم، فيكون له جميع الباقي. (البنية) جبراً بالقسمة: أي من حيث أن القاضي يجبر فيه بالقسمة. (البنية) إلا ثلث الباقي: لكثرة التفاوت، ولهذا لا يصح التوكيل لشراء عبد بغير عينه إذا لم يبين الثمن. [البنية ١٣/٤٢٤] وقيل: هذا: أي هذا الجواب في الرقيق والدور المختلفة إذا بقي واحد، وهو أن يقال: لا يكون له إلا ثلث الباقي، هو قول أبي حنيفة رحمته الله خاصة، وعندهما: جميع الباقي. على قول أبي حنيفة رحمته الله: أما على قولهما: فالدور جنس واحد، وكذلك الرقيق، فيكون للموصى له العبد الباقي، والدار الباقية؛ لأن للقاضي أن يقسم قسمة واحدة، فيجمع نصيب كل واحد منهم في عبد باعتبار القيمة؛ لاتحاد الجنس، وإلى هذا مال الفقيه أبو الليث، والإمام فخر الإسلام، وقيل: المذكور في "الجامع" قول الكل؛ لأن عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز له. [العناية ٣٧٥/٩] يجتهد: أي في الدور المختلفة والعبيد. وبدون ذلك: أي بدون اجتهاد القاضي وجمعه. [البنية ١٣/٤٢٥] يتعذر الجمع: يعني الجمع إنما يتحقق بقضاء القاضي عن اجتهاد عندهما، فلا يتحقق الجمع بدونه، بل يتعذر، ولا قضاء فيما نحن فيه، فلم يتحقق الجمع إجماعاً، ولكن الأول أشبه للفقهاء المذكور، وهو ما سبق أنه متى أمكن الجمع جبراً أمكن جمعه تقديمًا. [الكفاية ٣٧٥/٩] والأول [وهو أن يكون في المسألة اختلاف. (البنية)] أشبه: أي الذي قيل: إن هذا قول أبي حنيفة رحمته الله وحده أشبه بمذهب أبي حنيفة رحمته الله، فيكون عنده للموصى له ثلث الباقي، وعندهما له جميع الباقي؛ لأنهما يجعلان جنساً واحداً.

وله مال: عَيْنٌ، وَدَيْنٌ، فَإِنْ خَرَجَ الْأَلْفُ مِنْ ثَلَاثِ الْعَيْنِ: دَفَعَ إِلَى الْمُوصَى لَهُ؛ لِأَنَّهُ
أَخَذَ غَيْرَ دَيْنٍ عَلَى الْآخَرِ ١١١ أَخَذَ مِنْ غَيْرِ بَخْسٍ، فَيَصَارُ إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ: دَفَعَ إِلَيْهِ ثَلَاثُ
الْعَيْنِ، وَكُلَّمَا خَرَجَ شَيْءٌ مِنَ الدِّينِ أَخَذَ ثَلَاثَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الْأَلْفَ؛ لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُ
شَرِيكَ الْوَارِثِ، وَفِي تَخْصِيصِهِ بِالْعَيْنِ بَخْسٌ فِي حَقِّ الْوَرِثَةِ؛ لِأَنَّ لِلْعَيْنِ فَضْلًا عَلَى
الدِّينِ، وَلِأَنَّ الدِّينَ لَيْسَ بِمَالٍ فِي مَطْلَقِ الْحَالِ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ مَالًا عِنْدَ الْإِسْتِيفَاءِ، فَإِنَّمَا
يَعْتَدِلُ النَّظَرُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ. قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى لَزِيدَ وَعَمْرُو بِثَلَاثِ مَالَةٍ، فَإِذَا عَمِرُو مَيِّتَ:
فَالثَّلَاثُ كُلُّهُ لَزِيدٍ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْوَصِيَّةِ، فَلَا يَزَاحِمُ الْحَيُّ الَّذِي هُوَ مِنْ أَهْلِهَا
كَمَا إِذَا أَوْصَى لَزِيدَ وَجِدَارَ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله: أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِمَوْتِهِ، فَلَهُ نِصْفُ
الْثَّلَاثِ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ عِنْدَهُ صَحِيحَةٌ لِعَمْرُو، فَلَمْ يَرْضَ لِلْحَيِّ إِلَّا نِصْفَ الثَّلَاثِ، بِخِلَافِ
مَا إِذَا عَلِمَ بِمَوْتِهِ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْمَيِّتِ لَغْوٌ، فَكَانَ رَاضِيًا بِكُلِّ الثَّلَاثِ لِلْحَيِّ،
الموصي الموصي

مِنْ ثَلَاثِ الْعَيْنِ: بِأَنَّ كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ نَقْدًا. [العناية ٣٧٥/٩] فَيَصَارُ إِلَيْهِ: لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي
الشَّرَكَاءِ أَنْ يُوَفَّى حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِ إِيقَاعِ بَخْسٍ فِي حَقِّ الْآخَرِ. (البنية) لَمْ يَخْرُجْ: أَيُّ الْأَلْفِ مِنْ ثَلَاثِ
الْعَيْنِ. [البنية ٤٢٥/١٣] وَلِأَنَّ الدِّينَ إِخْرَجَ: أَيُّ الدِّينِ لَيْسَ بِمَالٍ فِي الْحَالِ إِنَّمَا يَصِيرُ مَالًا فِي الْمَالِ عِنْدَ
الْإِسْتِيفَاءِ، وَالْعَيْنُ مَالٌ مُطْلَقًا فِي جَمِيعِ الْأَحْوَالِ. [الكفاية ٣٧٥/٩]

فَإِنَّمَا يَعْتَدِلُ النَّظَرُ إِخْرَجَ: أَيُّ النَّظَرِ فِي حَقِّ الْمُوصَى لَهُ وَالْوَرِثَةِ بِإِيفَاءِ كُلِّ ذِي حَقِّ حَقَّهُ مِنْ غَيْرِ بَخْسٍ فِي
حَقِّ الْآخَرِ، وَهُوَ أَنْ لَا يَخْتَصَّ الْمُوصَى لَهُ بِالْعَيْنِ إِذَا لَمْ يَخْرُجِ الثَّلَاثُ مِنَ الْعَيْنِ. [البنية ٤٢٥/١٣-٤٢٦]
فَإِذَا عَمِرُو مَيِّتَ: أَيُّ وَقْتُ الْوَصِيَّةِ، فَالْثَّلَاثُ كُلُّهُ لَزِيدٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ حَيًّا، ثُمَّ مَاتَ، فَلَزِيدُ نِصْفِ الثَّلَاثِ، وَالنِّصْفُ
الْآخَرُ لَوَرِثَةِ الْمُوصَى إِنْ مَاتَ عَمْرُو قَبْلَ الْمُوصَى، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَهُ، فَنَصِيْبُهُ مِنَ الثَّلَاثِ لَوَرِثَتِهِ. [الكفاية ٣٧٦/٩]
أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ إِخْرَجَ: وَلَمْ يَفْرُقْ بَيْنَ عِلْمِ الْمُوصَى بِحَيَاتِهِ، وَعِزْمِهِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْحَيِّ مِنْهُمَا
لِجَمِيعِ الثَّلَاثِ؛ بَعْدَ الْمَرَاحَةِ عِنْدَ إِجْبَابِ الْمُوصَى، وَفِي هَذَا لَا فَرْقَ بَيْنَ الْعِلْمِ وَعِزْمِهِ. [العناية ٣٧٦/٩]

وإن قال: ثلث مالي بين زيد وعمرو، وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث؛ لأن قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد منهما نصف الثلث، بخلاف ما تقدم، ألا ترى ^{بين الخ} أن من قال: ثلث مالي لزيد، وسكت كان له كل الثلث، ولو قال: ثلث مالي بين فلان، وسكت لم يستحق الثلث. قال: ومن أوصى بثلث ماله، ولا مال له، واكتسب مالاً استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت؛ لأن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت، ويثبت حكمه بعده، فيشترط وجود المال عند الموت، لا قبله، وكذلك إذا كان له مال، فهلك، ثم اكتسب مالاً؛ لما بينا، ولو أوصى له بثلث ^{استحق الثلث} غنمه، فهلك الغنم قبل موته، أو لم يكن له غنم في الأصل: فالوصية باطلة؛ لما ذكرنا ^{الموصي} أنه إيجاب بعد الموت، فيعتبر قيامه حيثئذ، وهذه الوصية تعلقت بالعين، فتبطل بفواتها ^{الوصية} عند الموت، وإن لم يكن له غنم فاستفاده، ثم مات: فالصحيح أن الوصية تصح؛

بخلاف ما تقدم: حيث يستحق الموصى له جميع الثلث لعدم المزاحمة. (البنية) لأن الوصية إلخ: أي لأن الوصية عقد مضاف إلى ما بعد الموت؛ لأنه تمليك بعد الموت، ولهذا يعتبر القبول والرد بعد الموت، وكان وجود المال عند الموت شرطاً لا قبله، والمضاف إلى الشرط كالموجود عنده، فصار كأنه قال: عند الموت ثلث مالي لفلان يستحق ثلث ما يملكه في ملك الحال، ولا يعتبر ما قبله. لما بينا: إشارة إلى قوله: لأن الوصية استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت. [البنية ٤٢٧/١٣]

ولو أوصى: هذه من مسائل "الأصل" ذكرنا تفريعاً على مسألة "مختصره". قيامه: أي قيام ما أوصى به عند الموت. [البنية ٤٢٧/١٣] فالصحيح أن إلخ: احترازاً من قول بعض المشايخ: إن الوصية باطلة؛ لأنه أضاف إلى مال خاص، فصار بمنزلة العين كما لو أوصى بهذه الشاة، ولم تكن في ملكه، ثم ملك فإنها غير صحيحة، قال الفقيه أبو الليث: هذا القول ليس بصحيح عندنا؛ لأنه أضاف الوصية إلى غنم مرسل بغير تعيين، فصار بمنزلة إضافته إلى ثلث المال. [العناية ٣٧٧/٩]

لأنها لو كانت بلفظ المال تصح، فكذا إذا كانت باسم نوعه؛ وهذا لأن وجوده ^{المال} قبل الموت فضل، والمعتبر قيامه عند الموت، ولو قال: له شاة من مالي، وليس له غنم: يُعطى قيمة شاة؛ لأنه لما أضافه إلى المال، علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة؛ ^{الموصى} لا بعين الشاة ^{لا بعين الشاة} إذ ماليتها توجد في مطلق المال، ولو أوصى بشاة، ولم يصفه إلى ماله، ولا غنم له، قيل: لا يصح؛ لأن المصحح إضافته إلى المال، وبدونها تُعتبر صورة الشاة، ومعناها، وقيل: تصح؛ لأنه لما ذكر الشاة، وليس في ملكه شاة علم أن مراده المالية، ولو قال: شاة من غنمي، ولا غنم له: فالوصية باطلّة؛ لأنه لما أضافه إلى الغنم: علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزءاً من الغنم، بخلاف ما إذا أضافها إلى المال، وعلى هذا يخرج كثير من المسائل. قال: ومن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده، وهن ثلاث، وللفقراء والمساكين: فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم،

لأنها إلخ: يعني لو أوصى بثلث ماله لرجل، فهلك ذلك المال، واكتسب مالا آخر كان ثلث ما اكتسبه للموصى له، والمال اسم الجنس، والغنم اسم النوع، ففيما ذكر باسم الجنس يعتبر الموجود وقت الموت، فكذا فيما ذكر باسم النوع؛ لأن الوصية وجوبها وقت الموت. أضافه: أي أضاف ما أوصى به. ومعناها: لأن الشاة اسم للصورة والمعنى، ولم يوجد فلا يصح. (البنية) المالية: فيعطى له قيمة شاة. (البنية) ولو قال: هذه من مسائل "الأصل"، ذكرها تقريباً أيضاً. جزءاً من الغنم: وإنه يصلح جزءاً من الغنم بصورته، ومعناه: فصارت الوصية بشيء معلوم، ولا وجود له عند الموت أيضاً، فلا يصح. كثير من المسائل: منها: ما ذكر في "المبسوط": لو قال: بقفيز حنطة من مالي، أو بثوب من مالي، فإنه يصح الإيجاب، وإن لم يكن ذلك في ملكه، بخلاف ما إذا قال: من حنطتي، أو من ثيابي، فإنه إذا لم يوجد ذلك في ماله، أو هلك قبل موته، فلا شيء للموصى له. [الكفاية ٣٧٧/٩] قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". [البنية ٤٢٨/١٣] فلهن: أي لأمهات أولاده ثلاثة أسهم، وللفقراء سهم، وللمساكين سهم.

قال رحمته: وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما. وعن محمد رحمته: أنه يقسم على سبعة أسهم: لهن ثلاثة، ولكل فريق سهمان، وأصله: أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة، والفقراء والمساكين جنسان، وفسرناها في الزكاة، لمحمد رحمته: أن المذكور لفظ الجمع، وأدناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن، فكان من كل فريق اثنان، وأمهات الأولاد ثلاث، فلهذا يقسم على سبعة. ولهما: أن الجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس، وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل لاسيما عند تعذر صرفه إلى الكل،

وعن محمد رحمته: أي روى عن محمد رحمته في غير "الجامع الصغير". فريق: يعني من الفقراء والمساكين. (البنابة) جائزة: وهذا استحسان، وكان القياس أن لا تصح الوصية لأم الولد؛ لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها، والعتق يلحقها، وهي أمة، فتستحق الوصية؛ وهي أمة أيضاً، فيكون وصيته للأمة، وهي باطلة، ووجه الاستحسان: أن الوصية مضافة إلى ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي؛ لأن الظاهر من حال الموصي أنه يقصد بالإيصاء وصية صحيحة لا باطلة، والوصية إنما تصح إن لو كانت مضافة إلى ما بعد عتقها، وكذا المدبرة، إلا أنه ينظر إن خرجت الوصية، ورقبتها من الثلث كان لها ذلك، وإلا يصرف الوصية إلى الرقبة، فإن فضل الثلث عنها يكمل لها الثلث، والوصية لعبده بعين لم تجز؛ لأنه وصية لمولاه، وهو وارث، وثلث ماله يصح، ويكون وصيته بالعتق. [الكفاية ٣٧٨/٩-٣٧٩]

في الزكاة: أي في كتاب الزكاة في باب من يجوز دفع الصدقة إليه، ومن لا يجوز، حيث قال: هناك الفقير من له أدنى شيء، والمساكين من لا شيء له، وهذا مروى عن أبي حنيفة رحمته، وقد قيل: على العكس. لفظ الجمع: أي لفظ الفقراء والمساكين. في الميراث: قيد بذلك احترازاً عن فصل الزكاة، فإن لفظ الجمع هناك منصرف إلى الواحد بالإجماع بين أصحابنا، ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصروحاً إلى الاثنين، والوصية في معناه من حيث أن كلاً منهما تمليك للمال بعد الموت كان الجمع هناك أيضاً منصرفاً إلى الاثنين. (العناية) في القرآن: يريد به قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّلُسُ﴾، والمراد بها الاثنان فصاعداً، وقد عرف في موضعه. [العناية ٣٧٩/٩] وأمهات الأولاد: فيعتبر فيهن عدد رؤوسهن، فإن عددن محصور. الجنس: إذا لم يكن ثمة معهودة. الكل: ألا ترى أن من حلف لا يتزوج النساء حنث بنكاح امرأة واحدة.

فَيُعتبر من كل فريق واحدٌ، فبلغ الحساب خمسة، والثلاثة للثلاث. قال: ولو أوصى
 بثلثه لفلان وللمساكين: فنصفه لفلان، ونصفه للمساكين عندهما، وعند محمد رحمته الله
 ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين، ولو أوصى للمساكين: له صرفه إلى مسكين واحد الثلث
 عندهما، وعنده: لا يصرف إلا إلى مسكينين بناءً على ما بيناه. قال: ومن أوصى
 لرجل بمائة درهم، ولآخر بمائة، ثم قال لآخر: قد أشركتكم معهما، فله ثلث كلِّ
 مائة؛ لأنَّ الشركة للمساواة لغة، وقد أمكن إثباته بين الكلِّ بما قلناه؛ لاتحاد المال؛ لأنه المساواة
 يصيب كلَّ واحد منهم ثلثا مائة، بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربع مائة، ولآخر
 بمائتين، ثم كان الإشراك؛ لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكلِّ لتفاوت المالين،
 وجد لإشراك

لِلثلاث: أي لأمهات الأولاد الثلاث. قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". ثلثه إلخ: بناءً على ما قلنا
 في المسألة المتقدمة: وهو أن الجمع في باب الميراث يتناول الاثنين، فيكون للمساكين ثلثا المال عند محمد،
 وثلث الثلث لفلان، وعندهما اللام للجنس لعدم العهد، وأدناها الواحد، فيكون النصف من الثلث
 للمساكين. بيناه: يعني في المسألة المتقدمة، وهو أن الجمع في باب الميراث يتناول الاثنين إلى آخره. (البناءة)
 قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". [البناءة ٤٢٩/١٣] معهما: فيما أوصيت لهما به.
 لأنَّ الشركة إلخ: أي أن الشركة تقتضي المساواة؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِيهِ﴾
 الثُّلُثُ، فيستوي في الثلث الذكور والإناث جميعاً، فكذا ههنا لما أضاف الشركة إليهما وجب أن يساوي
 كل واحد منهما، وذلك لا يكون إلا بأن يجعل له ثلث ما في يد كل واحد منهما؛ ليصير له مثل ما بقي
 لكل واحد منهما. قلناه: من اقتضاء الشركة والمساواة. [البناءة ٤٢٩/١٣] ثم كان الإشراك: أي ثم قال
 لآخر: أشركتكم معهما، فإن له نصف كل ما لكل منهما؛ لأن تحقق المساواة فيهم غير ممكن لتفاوت
 المالين، ولابد من العمل بمفهوم لفظ الإشراك، فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه
 القياس عملاً باللفظ بقدر الإمكان. [العناية ٣٨٠/٩]

فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملاً باللفظ بقدر الإمكان.
 قال: ومن قال: لفلان عليّ دينٌ فصدّقوه، معناه: قال ذلك لورثته، فإنه يصدق إلى
 الثالث، وهذا استحسان، وفي القياس: لا يصدق؛ لأن الإقرار بالجهول، وإن كان
 صحيحاً لكنه لا يُحكم به إلا بالبيان، وقوله: "فصدّقوه" صدر مخالفاً للشرع؛ لأن
 المدعي لا يُصدّق إلا بحجة، فتعذر إثباته إقراراً مطلقاً، فلا يعتبر. وجه الاستحسان:
 أننا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة، وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية،
 وقد يحتاج إليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره سعيّاً منه في تفرغ ذمته،
 فيجعلها وصيةً جُعِلَ التقدير فيها إلى الموصي له، كأنه قال: إذا جاءكم فلان،
 وادعى شيئاً، فأعطوه من مالي ما شاء، وهذه معتبرة من الثالث، فلهذا يصدق على
 الثالث دون الزيادة. قال: وإن أوصى بوصايا غير ذلك: يُعزَلُ الثالثُ لأصحاب
 الوصايا، والثلاثان للورثة؛

قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية) فإنه يصدق إلخ: أي إذا ادعى الدين بأكثر من الثالث،
 وكذبه الورثة. [البنية ٤٣٠/١٣] بالبيان: وهو مفقود؛ لأنه مات. للشرع: فلا يصلح بياناً لإقراره.
 المدعي: فالأمر بتصديق المدعي من غير حجة مخالف للشرع. مطلقاً: يعني من كل وجه. (العناية)
 أننا نعلم إلخ: يعني أننا نعلم أن المقرر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة، وهو مالك لذلك في الثالث، وأمكن
 تنفيذه بطريق الوصية فينفذ. [العناية ٣٨٠/٩] التقدير: يقدر بما شاء لكن لا خيار له فوق الثالث.

كأنه قال إلخ: فيصح هذا الكلام، ويكون إنفاذه من الثالث لا غير، فكذا هذا؛ لأنه وصية، ولا وصية
 جوازاها فوق الثالث. فلهذا: أي فلكونها معتبرة من الثالث. دون الزيادة: على الثالث؛ لأن جواز الوصية
 من الثالث. (البنية) قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية) ذلك: أي غير الدين بالجهول. [البنية ٤٣٠/١٣]

لأن ميراثهم معلوم، وكذا الوصايا معلومة، وهذا مجهول، فلا يزاحمُ المعلوم،
 فيقدم عزلُ المعلوم، وفي الإفراز فائدة أخرى: وهو أن أحد الفريقين قد يكون أعلمُ
 بمقدار هذا الحق، وأبصر به، والآخِرُ ألدَّ خصاماً، وعساهُم يُختلفون في الفضل إذا
 ادَّعاه الخصمُ، وبعد الإفراز يصح إقرارُ كلِّ واحدٍ فيما في يده من غير منازعة،
 وإذا عُرِّلَ يقال لأصحاب الوصايا: صدَّقوه فيما شئتم، ويقال للورثة: صدَّقوه فيما
 شئتم؛ لأن هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ، فأذا أقرَّ كلُّ فريقٍ
 بشيء: ظهر أن في التركة ديناً شائعاً في النصيبين،

لأن ميراثهم إلخ: يعني أن حق أصحاب الوصايا معلوم، وهو الثلث، وحق الورثة أيضاً معلوم، وهو
 الثلثان، فأما حق هذا الرجل، فليس له دين معلوم، ولا وصية معلومة، لكنه دين في حق المستحق وصية في
 حق التنفيذ، فإذا أفرزنا الثلث والثلثين، قلنا: إن في التركة ديناً شائعاً في النصيبين في نصيب الموصى له،
 ونصيب الورثة، فيؤمر كل فريق بالبيان، ثم يؤخذ أصحاب الوصايا بثلث ما أقروه؛ لأن ما يأخذه الرجل
 وصية في حقهم، وما فضل من الثلث يكون لهم، ويؤخذ الورثة بثلثي ما أقروا، وما فضل من الثلثين يكون
 للورثة؛ لأن الدين المقر به صار مقضياً، فلم يبق للمقر له حق في الوصية والميراث.
 الحق: أي الذي أقر به الموصي. ألدَّ خصاماً: أي شديد بين في الخصومة. (البنية ٤٣١/١٣) لأن هذا إلخ: وحاصله: أنه تصرف يشبه الإقرار
 لفظاً، ويشبه الوصية تنفيذاً، فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث، وباعتبار شبه الإقرار
 يجعل شائعاً في الأثلث، ولا يخص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملاً بالشبهين. [العناية ٣٨٠/٩]
 فريق: من الورثة والموصى لهم. ديناً شائعاً إلخ: وهذا لأنه دين في حق المستحق، فكان شائعاً في النصيبين
 باعتباره، ووصية في حق التنفيذ؛ لأننا صححناه بجعل ذلك منه وصية، وباعتبار الوصية ينفذ في ثلث
 التركة، فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا؛ لأن ثلث التركة في أيديهم، والورثة بثلثي ما أقروا؛ لكون
 الثلثين في أيديهم، والورثة بثلثي ما أقروا؛ لكون الثلثين في أيديهم تنفيذاً لإقرار كل فريق في حقه، فإن أقر
 المريض مع ذلك بدين مسمى، فالمسمى أولى؛ لأنه أثبت الإقرار. [الكفاية ٣٨١/٩-٣٨٢]

فيؤخذ أصحابُ الثلث بثلث ما أقرُّوا، والورثةُ بثلثي ما أقرُّوا؛ تنفيذاً لإقرار كل فريق ^{الموصى لهم} في قدر حقه، وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم إن ادَّعى المُقرُّ له زيادة على ذلك؛ لأنه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره. قال: ومن أوصى لأجنبي ولوارثه: فللأجنبي نصفُ الوصية، وتبطل وصيةُ الوارث؛ لأنه أوصى بما يملك الإيصاء به وبما لا يملك: فصَحَّ في الأول، وبطل في الثاني، بخلاف ما إذا أوصى لحي وميت؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية، فلا يصلح مزاحماً، فيكون الكل للحي، والوارث من أهلها، ^{الوصية} ولهذا تصح بإجازة الورثة فافترقا، وعلى هذا إذا أوصى للقاتل وللأجنبي، وهذا بخلاف ^{الوصية للوارث} ما إذا أقرَّ بعين أو دين لوارثه، وللأجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي أيضاً؛ ^{هذا الإقرار}

فيؤخذ إلخ: حتى إذا قال الموصى له: إن الدين مائة يعطى المقر له بدين مجهول ثلث المائة مما في يد الموصى له، فإن فضل شيء يكون له، وإلا فلا، وإن قال الورثة: الدين ثلث مائة يعطى المقر له بدين مجهول ثلثا ذلك، وهو مائتان مما في أيدي الورثة، فإن فضل شيء يكون لهم، وإلا فلا. منهما: أي من الورثة، والموصى لهم. يحلف: فلهذا يحلف على العلم لا على البتات. بينه وبين غيره: أي بين المقر له وبين غيره، وهو الميت. (البناءة) قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". [البناءة ٤٣١/١٣] بخلاف: حيث يكون كل الوصية للحي. للوصية: لأنه لا يصلح مالكا. وللأجنبي: حيث تبطل وصيته للقاتل؛ لأنها فيمن لا يستحقها، ولا تبطل في حق الأجنبي؛ لأنها في حقه جائزة. [البناءة ٤٣٢/١٣] وهذا بخلاف ما إلخ: أي الإيصاء لوارثه والأجنبي بخلاف الإقرار لهما، هذا إذا تصادقا، أما إذا أنكر الأجنبي شركة الوارث، أو الوارث شركة الأجنبي، فالإقرار باطل أيضاً، وقال محمد ﷺ: يصح في حصة الأجنبي؛ لأن الوارث مقر ببطالان حقه ببطالان حق شريكه، فيبطل في نصيبه، وبُشِبِت في نصيب الآخر، ولهما: أن حق الوارث لم يفرز من حق الأجنبي، وإنما أوجبه مشتركا بينهما، فلا يمكن إثباته بدون هذا الوصف. [الكفاية ٣٨٢/٩] حق الأجنبي: أي كما لا يصح في حق الوارث. [العناية ٣٨٢/٩]

لأن الوصية إنشاء تصرف، والشركة تثبت حكماً له، فتصح في حق من
 يستحقه منهما. وأما الإقرار فأخبار عن كائن، وقد أخبر بوصف الشركة في
 الماضي، ولا وجه إلى إثباته بدون هذا الوصف؛ لأنه خلاف ما أخبر به، ولا إلى
 إثبات الوصف؛ لأنه يصير الوارث فيه شريكاً، ولأنه لو قبض الأجنبي شيئاً،
 كان للوارث أن يشاركه،

لأن الوصية إلخ: أي لأن الوصية إنشاء تصرف أي إثبات أمر لم يكن، والشركة تثبت حكماً له، وحكم
 الشيء هو الأثر الثابت به، فالشركة تثبت بواسطة صحة تصرفه، ولم يصح تصرفه في حق الورثة، فلم توجد
 علة ثبوت الشركة، فإذا لم تثبت الشركة صح تصرفه في حق من يستحقه، وهو الأجنبي، وبطل في حق
 الوارث. [الكفاية ٣٨٣/٩] والشركة: بين الموصى لهما أي الأجنبي والوارث. من يستحقه منهما: أي من
 الوارث والأجنبي، ولا يبطل حق أحدهما ببطان حق الآخر؛ لأن الشركة بينهما من حكم الإيجاب، وقد تعذر
 الإيجاب في حق أحدهما، فلا يلزم من ذلك أن يتعذر الإيجاب في حق الآخر؛ لأنه ابتداء تصرف.

عن كائن إلخ: يعني أن الوصية إنشاء تصرف أي ابتداء تمليك من غير أن يكون بينهما شركة قبلها،
 والشركة إنما تثبت حكماً له عقيبه، فحيث لم يقع التمليك الذي هو السبب صحيحاً لا يثبت حكمه، وهو
 الشركة، فكان نصيب كل منهما مفزاً عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها، وأما في الإقرار،
 فسبب الشركة غيره، وهو ما كان سبباً قبلها، فإن الإقرار يقتضي سبق المخبر به، وهو المال المشترك بينهما،
 وفي ذلك أي في الإقرار بالمال المشترك إقرار للوارث على ما ذكر في الكتاب وهو باطل. [العناية ٣٨٢/٩]
 الشركة: بين الأجنبي والوارث في العين أو الدين. إثباته: أي إثبات هذا الإقرار في حق الأجنبي.

ولأنه لو قبض [بحكم الشركة السابقة] إلخ: أي لأن الصحة في حق الأجنبي يؤدي إلى الفساد؛ لأنه لو
 صح في حق الأجنبي لشاركه الوارث، فتبطل حصته، فلا يزال هكذا إلى أن يبطل كله. وأما في الإيصاء،
 وهو الإنشاء لا يتأتى هذا؛ لأن حصه أحدهما ممتازة عن الآخر بقاء وبطلاناً أعني يبقى الوصية صحيحة في
 حق الأجنبي، وتبطل في حق الوارث. كان للوارث إلخ: لأن حصه كل منهما غير ممتازة عن غيرها، ففي
 كل جزء فرضته يشتركان. [العناية ٣٨٢/٩]

فيبطل في ذلك القدر، ثم لا يزال بقبض، ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل، ^{الإقرار} فلا يكون مفيداً، وفي الإنشاء حصة أحدهما ممتازة عن حصة الأخرى بقاءً وبطلاناً. **قال:** ومن كان له ثلاثة أثواب: جيد ووسط ورديء، فأوصى بكل واحد لرجل، فضاع ثوب ولا يُدرى أيها هو، والورثة تجحد ذلك: فالوصية باطلة، ومعنى جحودهم: ^{ضائع} أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه: الثوب الذي هو ^{الموصى لهم} حقك قد هلك، فكان المستحق مجهولاً، وجهائته تمنع صحة القضاء، وتحصيل المقصود فبطل.

فيبطل: هذا الدليل مأخوذ من شرح "الجامع الصغير" لقاضي خان، وتوضيحه: أنه لو صح إقرار المقر لأجنبي، وقبض الأجنبي شيئاً بحسب هذا الإقرار، فيثبت به المخبر به، وما هو إلا الدين المشترك، وإقراره كان إقراراً بعقد سابق بينهما، فلو لغا بعضه لغا باقيه ضرورة، وبالضرورة يثبت كمالاً على وصف الشركة، فما من شيء يأخذه الأجنبي إلا كان للوارث أن يشاركه، فيبطل قبضه في هذا القدر، ثم لا يزال لصحة الإقرار له، ويشاركه الوارث للضرورة المذكورة حتى يبطل قبض الكل بالنسبة إلى الأجنبي، فلا يكون صحة الإقرار للأجنبي مفيداً، بل يلزم أن يصير إقراراً للوارث، أما الوصية: فتتمليك مبتدأ لهما، فبطان التملك لأحدهما لا يبطل التملك الآخر هكذا قال الزيلعي. بقاء: أي في حق الأجنبي. [الكفاية ٣٨٢/٩-٣٨٣] وبطلاناً: أي في حق الورثة. (الكفاية) **قال:** أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". [البنية ٤٣٢/١٣] فأوصى إلخ: صورة المسألة في "الجامع": عن محمد ويعقوب عن أبي حنيفة ﷺ في رجل أوصى لثلاثة نفر، فقال: لفلان هذا الثوب الجيد، ولفلان رجل آخر هذا الثوب الوسط، ولفلان رجل آخر هذا الثوب الرديء، ثم مات الموصي، ثم هلك واحد من الثلاثة لا يدري أيهما هلك. [البنية ٤٣٣/١٣] أن يقول الوارث إلخ: يريد بهذا: أن الورثة يحجلون بقاء حق كل واحد منهم بعينه، ويقولون: حق واحد منكم بطل، ولا ندري من بطل حقه، ومن بقي حقه، فلا نسلم إليكم شيئاً، فالوصية باطلة؛ لأنه إذا لم يعلم بقاء حق واحد منهم بعينه لا فائدة في بقائها فبطل كذا ذكره الصدر الشهيد ﷺ. [الكفاية ٤٨٣/٩] **حقك:** أي لعل الثوب الذي هو حقك قد هلك. مجهولاً: كما إذا أوصى لأحد هذين الرجلين، فإن الوصية باطلة؛ لأن المستحق مجهول. (البنية) **المقصود:** أي مقصود الموصي وهو إتمام غرضه. [البنية ٤٣٣/١٣]

قال: إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين، فإن سلّموا زال المانع، وهو الجحد، فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الأجود، ولصاحب الأوسط ثلث الجيد وثلث الأدون، ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون؛ لأن صاحب الجيد لا حق له في الرديء بيقين؛ لأنه إما أن يكون وسطاً، أو رديئاً، ولا حق له فيهما، وصاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي بيقين؛ لأنه إما أن يكون جيداً أو وسطاً، ولا حق له فيهما، ويحتمل أن يكون الرديء هو الرديء الأصلي، فيعطى من محل الاحتمال، وإذا ذهب ثلثا الجيد، وثلثا الأدون لم يبق إلا ثلث الجيد وثلث الرديء، فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة.

قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية) الرديء الأصلي: إذ الهالك إذا كان رديئاً، فالثاني يكون جيداً، فيكون هو الرديء الأصلي. [البنية ٤٣٣/١٣] محل الاحتمال: لأنه يحتمل أن يكون هذا وسطاً، ويحتمل أن يكون في الرديء الحالي بأن يكون الضائع الرديء، فيكون هذا وسطاً، فيكون هذا تنفيذ وصية في محل يحتمل أن يكون حقه، كذا في "شرح الجامع" لصاحب "الهداية". [البنية ٤٣٤/١٣] وإذا ذهب إلخ: وهو واضح إذا ابتداء بتعليل جانب صاحب الجيد، وإن ابتداء بتعليل جانب صاحب الوسط، فله وجه آخر، وهو: أن يقال: الهالك إن كان أرفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما، وإن كان الهالك أرواً من الباقيين، فحق الوسط في الرديء منهما، فحقه يتعلق بهذا مرة، وبذلك أخرى، وإن كان الهالك هو الوسط، فلا حق له في الباقيين، فإذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين في حال، ولا يتعلق في حالين، فيأخذ ثلث كل واحد، فبقي صاحب الجيد والرديء، فصاحب الجيد يدعي الجيد، ولا يدعي الرديء؛ لأنه لا حق له فيه قطعاً، وصاحب الرديء يدعي الرديء دون الجيد، فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد، وثلثا الرديء لصاحب الرديء. [العناية ٣٨٣/٩] فيه: أي في ثلث الجيد، وثلث الرديء.

قال: وإذا كانت الدار بين رجلين، فأوصى أحدهما بيت بعينه لرجل، فإنها تُقسم، فإن وقع البيت في نصيب الموصي، فهو للموصى له عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد رحمهما الله نصفه للموصى له، وإن وقع في نصيب الآخر، فللموصى له مثل ذرع البيت، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمهما الله: مثل ذرع نصف البيت. له: أنه أوصى بملكه، وبملك غيره؛ لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة، فينفذ الأول، ويوقف الثاني، وهو إن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما إذا أوصى بملك الغير، ثم اشتراه، ثم إذا اقتسموها، ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به،

قال: أي محمد في "الجامع الصغير". [البنية ٤٣٤/١٣] أنه أوصى إله: أي أنه أوصى بما يملكه، وبما لا يملكه، فإن البيت مشترك بينه وبين صاحبه، فتنفذ الوصية فيما يملكه، وهو نصيبه، ولا ينفذ فيما لا يملكه، وهو نصيب صاحبه، غاية ما في الباب: أنه يملك البيت بعد القسمة إذا وقع البيت في ملكه، ولكن القسمة مبادلة؛ لأنه أخذ البيت مبادلة عن نصيبه مما في يد صاحبه، فلا ينفذ الوصية السابقة بالملك الحادث بعد الوصية في الموصى به كما إذا أوصى بملك الغير، ثم ملكه بوجه من الوجوه حيث لا يصح الوصية، فكذلك ههنا. الأول: وهو الوصية فيما يملكه وهو نصيبه.

الثاني: وهو نصيب صاحبه، فيوقف على إجازة شريكه. (البنية) وهو: دفع دخل مقدر، تقريره: الدخول من جانب الشيخين، أنه بعد القسمة لو وقع البيت في نصيبه وملكه، فلم لا تنفذ الوصية السابقة، والدفع منشأ توصيف القسمة. حاصله: أنه ملكه بعد الوصية بالقسمة لا تنفذ الوصية السابقة، فإن القسمة موصوفة بكونها مبادلة، فصار كأنه اشترى بعض البيت بعد الوصية، فكيف تنفذ الوصية السابقة في كل البيت. هي مبادلة: لأنه أخذ البيت بدلاً عن نصيبه بما في يد صاحبه. [البنية ٤٣٤/١٣]

الوصية السالفة: بالملك الحادث بعد الوصية في الموصى به. (البنية) كما إذا أوصى: حيث لا تصح الوصية، فكذا هذا. [البنية ٤٣٤/١٣]

وهو نصف البيت، وإن وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذاً للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها إذا قتلت خطأ: تنفذ الوصية في بدلها، بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه؛ لأن الوصية تبطل بالإقدام على البيع على ما بيناه، ولا تبطل بالقسمة. ولهما: أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة؛ لأن الظاهر أنه يقصد الإيصاء بملك منتفع به من كل وجه، وذلك يكون بالقسمة؛ لأن الانتفاع بالمشاع قاصر، وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه، فتنفذ الوصية فيه، ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع، جميع البيت

بيع العبد: أي عند فوات الأصل باطلة. (البنية) بالإقدام: لأن البيع دليل الرجوع. على ما بيناه: أشار به إلى ما ذكر قبل باب الوصية بثلث المال عند قوله: وإذا صرح بالرجوع، أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً. (البنية) لا تبطل بالقسمة: لأن القسمة لتكميل المنفعة، بخلاف البيع. [البنية ١٣/٤٣٥] أنه أوصى إلخ: يعني أن إيجاب الوصية في البيت يتناول ملك الموصي على الاحتمال؛ لأن الحال متردد وقت الإيصاء بين أن يقع هذا البيت في نصيبه، وبين أن يقع في نصيب شريكه، فيتوقف حكم الوصية على القسمة، فيكون ذلك وصية بما يستقر ملكه بالقسمة؛ لأن ملك الموصي على اعتبار القسمة هو الملك التام الكامل المنتفع به؛ لأن الانتفاع بالمشاع قاصر، والظاهر أن الموصي قصد الإيصاء بالملك الكامل انتفاعه، فصار كأن الموصي قال: هذا البيت لفلان إن وقع في قسمي، فإن لم يقع في قسمي، فله مثل ذلك، ولو أنه أفصح بذلك، فله مثل ذلك إذا لم يقع في قسمته، فكذا ههنا.

وذلك: أي الملك المنتفع به عن كل وجه. (البنية) بالقسمة: لأن ملكه على اعتبار القسمة هو الملك التام المنتفع به. [البنية ١٣/٤٣٥] ومعنى المبادلة إلخ: قيد بقوله في هذه القسمة: لأن الدار جنس واحد، فيكون الإفراز في قسمة الدار الواحدة راجحاً، ولهذا لا يجري الجبر فيها بالإجماع، أو لأن معنى المبادلة وإن كان راجحاً في العقار، إلا أن في هذه القسمة معنى المبادلة تابع تصحيحاً لتصرف الموصي، وباب الوصية أوسع، ولهذا يصح بالمعلوم على خطر الوجود كالثمر والغلة. [الكفاية ٩/٣٨٤-٣٨٥]

وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة، ولهذا يُجبر على القسمة فيه، وعلى اعتبار الإفراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء، وإن وقع في نصيب الآخر ^{الوصية} تُنفذ في قدر ذرعان ^{البيت} جميعه مما وقع في نصيبه، إما لأنه عوضه كما ذكرناه، ^{البيت} أولأن مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلاً لمقصوده ما أمكن، إلا أنه يتعين البيت إذا وقع في نصيبه جمعاً بين الجهتين ^{بعبته} التقدير والتملك، وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير، أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين، ^{بذكر البيت}

وإنما المقصود الإفراز إلخ: ففيه بحث، وهو أنه قال في كتاب القسمة: والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات، ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض، وما نحن فيه من العوارض، فكيف كانت المبادلة فيه تابعة، وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله: ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض، إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجزر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء، وما نحن فيه كذلك، فكان معنى المبادلة فيه تابعاً؛ كما ذكرنا ههنا؛ لأن الجبر لا يجري في المبادلة، ويكون معنى قوله هناك: ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض إذا لم تكن من جنس واحد، وإلى هذا أشار بقوله: وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة، ولهذا يجبر على القسمة فيه، والباقي ظاهر. [العناية ٣٨٣/٩ - ٣٨٤]

عوضه: هذا الدليل مخدوش؛ لأنه أقر ههنا بالعوضية والمبادلة، وقال سابقاً: إن معنى المبادلة في هذه القسمة تابعة. كما ذكرناه: يعني في الجارية الموصي بها. [العناية ٣٨٥/٩] أو لأن مراد إلخ: أي لأن مراد الموصي من الوصية بالبيت المشترك بينه وبين صاحبه التقدير بذرعانه على أن يكون للموصي له من ملكه ذلك القدر تحصيلاً للمقصود، وهو تنفيذ الوصية؛ لأن مقصوده لا يحصل إذا أريد به التملك بعينه؛ لأنه ربما يقع بعد القسمة في نصيب صاحبه، ولكن إذا وقع البيت في نصيب الموصي يتعين البيت لتنفيذ الوصية لوجود معنى التقدير والتملك بعينه.

التقدير: وهي فيما إذا وقع البيت في نصيب شريكه. [البنية ٤٣٦/١٣] الوجهين: يعني في وقوعه في نصيب الشريك. (العناية)

والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما إذا علق عتق الولد، وطلاق المرأة بأول ولد^{الموصي المولود} تلده أمته، فالمراد من جزء الطلاق مطلق الوعد، وفي العتق ولد حي، ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي، والدار مائة ذراع، والبيت عشرة أذرع: يقسم نصيبه بين الموصى له، وبين الورثة على عشرة أسهم: تسعة منها للورثة، وسهم للموصى له، وهذا عند محمد رحمته الله، فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت، وهم بنصف الدار سوى البيت، وهو خمسة وأربعون، فيجعل كل خمسة سهماً، فيصير عشرة. وعندهما: يقسم^{أذرع} على أحد عشر سهماً؛ لأن الموصى له يضرب بالعشرة، وهم بخمسة وأربعين، فتصير^{الورثة} السهام أحد عشر: للموصى له سهمان، ولهم تسعة، ولو كان مكان الوصية إقرار،

الآخر: يعني في وقوعه في نصيبه. [العناية ٣٨٥/٩] كما إذا علق إلخ: بأن قال إذا ولدت أمي فهو حر، وأنت طالق، فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد، حتى تطلق المرأة بولادة الولد كيف كان حياً أو ميتاً؟ وفي العتق أي المراد في العتق ولد حي؛ لأن الميت ليس بمحل للعتق، حتى إذا ولدت ميتاً، ثم ولدت حياً يعتق الحي عند أبي حنيفة رحمته الله خلافاً لهما. (البنية) البيت: أي إذا قسم ووقع إلخ. نصيبه: أي نصيب الموصي وهو خمسون ذراعاً. (البنية) عند محمد رحمته الله: قال الفقهاء: فلأن يضرب فيه بالثلث أي يأخذ منه شيئاً بحكم ماله من الثلث. يقسم: أي نصيب الموصي بين الموصى له والورثة. [البنية ٤٣٦/١٣] فتصير السهام إلخ: بيانه: أن الإيجاب لما صح، وهو متناول للبيت، وهو عشرة أذرع من الدار، فإذا رفعت العشرة من المائة بقي تسعون بين الشريكين لكل واحد منهما خمسة وأربعون، فيكون خمسة وأربعون لورثة الموصي، وعشرة للموصى له إذا ضمت إلى خمسة وأربعين يصير خمسة وخمسون، فيجعل كل خمسة سهماً، فيصير أحد عشر سهماً. ولو كان مكان إلخ: يعني لو كان الدار بين شريكين، فأقر أحدهما بيت بعينه لواحد، فيقسم الدار أولاً، فإن وقع البيت في نصيب المقر سلم إلى المقر له، وإن وقع في نصيب الشريك يضرب المقر له فيما وقع في يد المقر مثل ذرع البيت، وكذلك لو أقر بطريق أو حائط، كذا في "الشامل"، وعند محمد رحمته الله يضرب المقر له بنصف ذرع البيت. [البنية ٤٣٧/١٣]

قيل: هو على الخلاف، وقيل: لا خلاف فيه للمحمد محمد وهو الأصح، والفرق له: أن الإقرار بملك الغير صحيح، حتى أن من أقر بملك الغير لغيره، ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له، والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه، ثم مات لا تصح وصيته، ولا تنفذ. قال: ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه، فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي: فإن دفعه فهو جائز، وله أن يمنع؛ لأن هذا تبرع بمال الغير، فيتوقف على إجازته، وإذا أجاز يكون تبرعاً منه أيضاً، فله أن يمنع من التسليم، بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة؛ لأن الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه، والامتناع لحق الورثة، فإذا أجازوها سقط حقهم، فنفذ من جهة الموصي. قال: وإذا اقتسم الابنان تركّة الأب ألفاً، ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله: فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده، وهذا استحسان، والقياس: أن يعطيه نصف ما في يده، وهو قول زفر للموصى له للموصى له للموصى له؛ لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه،

للمحمد: بل قوله في الإقرار كقولهما في الوصية. (العناية) ملكه: بوجه من وجوه الملك. [العناية ٣٨٦/٩] الوجوه: مثل الشراء والهبة والتملك. (البنية) قال: أي محمد للموصى له في "الجامع الصغير". [البنية ٤٣٧/١٣] الموصي: وإن لم يجز بطلت. دفعه: أي سلمه ذلك الغير. فهو جائز: وذلك لأن العقد الموقوف إذا لحقه الإجازة صار مضافاً إلى المحيز، فإذا أضيف إليه صار ذلك هبة منه، والهبة لا تتم إلا بالتسليم، فإن منعه بعد الإجازة كان له ذلك؛ لأنه تبرع. يمنع: أي له أن يمنع من التسليم بعد الإجازة.

بخلاف: حيث يجوز بغير تسليم. والامتناع: أي امتناع النفاذ في الزيادة على الثلث. قال: أي محمد للموصى له في "الجامع الصغير". [البنية ٤٣٨/١٣] لأن إقراره إلخ: يعني أن في زعم المقر أن المال يقسم أثلاثاً، ونصيب الموصى له، ونصيب كل واحد من الابنين سواء، فلما أنكر أحدهما، أو غاب جعل كأن نصيبه لم يكن، فيقسم الباقي عليهما نصفين؛ لأن نصيبهما سواء.

والتسوية في إعطاء النصف ليقبى له النصف. وجه الاستحسان: أنه أقر له بثلث شائع في التركة، وهي في أيديهما، فيكون مقرراً بثلث ما في يده، بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره؛ لأن الدين مقدّم على الميراث، فيكون مقرراً بتقدمه، فيقدم عليه. ^{الميراث} أما الموصى له بالثلث شريك الوارث، فلا يسلم له شيء، إلا أن يسلم للورثة مثله، ولأنه لو أخذ منه نصف ما في يده، فرمما يقر الابن الآخر به أيضاً، فيأخذ نصف ما ^{الموصى له من المقر} في يده، فيصير نصف التركة، فيزاد على الثلث. قال: ومن أوصى لرجل تجارية، فولدت بعد موت الموصي ولداً وكلاهما يخرجان من الثلث: فهما للموصى له؛ لأن ^{الأم والولد} الأم دخلت في الوصية أصالة، والولد تبعاً حين كان متصلاً بالأم، فإذا ولدت قبل القسمة، والتركة قبلها بمقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه: دخل في الوصية، ^{القسمة} فيكونان للموصى له، وإن لم يخرج من الثلث ضرب بالثلث، وأخذ ما يخصه منهما ^{الموصى له} جميعاً في قول أبي يوسف ومحمد ^{رحمهما}، وقال أبو حنيفة ^{رحمهما}: يأخذ ذلك من الأم، ^{الموصى له الثلث}

في التركة: أي نصفه فيما في يده، ونصفه فيما في يد الآخر. بخلاف إلخ: حيث يعطي جميع ما في يده. (البنية) فيكون مقرراً إلخ: فإن كان الدين مستغرقاً جميع نصيبه دفعه إليه كله. [العناية ٣٨٦/٩] فرمما: أي ربما أقر الابن الآخر لرجل. هذا. على الثلث: فيكون شريك الورثة بالنصف لا بالثلث. [البنية ٤٣٨/١٣] فولدت: أي قبل القبول وقبل القسمة. [الكفاية ٣٨٦/٩] لأن الأم إلخ: أي إنما كان الولد والأم جميعاً للموصى له إذا خرجا من الثلث؛ لأن ما يحدث من النماء قبل القسمة يحدث على حكم ملك الميت بدليل أنه يقضى منه ديونه، وينفذ وصاياه، فينفذ الوصية بانثلث فيهما جميعاً في الأم أصالة، وفي الولد تبعاً لاتصاله بالأم. فيكونان للموصى له: يعني تكون الأم والولد للموصى له إذا ولد له قبل قسمة التركة. [البنية ٤٣٩/١٣] منهما: من كل واحد منهما نصف الثلث.

فإن فضل شيء أخذه من الولد، وفي "الجامع الصغير": عَيْنُ صورة، وقال: رجل له من الثلث الموصى له ست مائة درهم، وأمة تساوي ثلاث مائة درهم، فأوصى بالجارية لرجل، ثم مات الموصى فولدت ولداً يساوي ثلاث مائة درهم قبل القسمة، فللموصى له الأم، وثلث الولد عنده، وعندهما: له ثلثا كل واحد منهما. لهما ما ذكرنا: أن الولد دخل في الوصية تبعاً حالة الاتصال، فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعق، فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم. وله: أن الأم أصل، والولد تبع فيه، والتبع لا يزاحم الأصل، فلو نفذنا الوصية فيهما جميعاً تنتقض الوصية في بعض الأصل، وذلك لا يجوز، بخلاف البيع؛ لأن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في الأصل،
البيع

قبل القسمة: وإن كانوا اقتسموا، وأخذ الورثة ثلاث مائة، والموصى له الجارية، ثم ولدت ولداً، فالولد للموصى له. الوصية: لأن الوصية تسري إلى الزوائد الحادثة قبل القسمة بالإجماع. كما في البيع إلخ: يعني فسري الوصية إلى الولد الحادث قبل القسمة كما يسري البيع إلى الولد الحادث قبل القبض، وإذا أعتق جارية حاملة عتق ولدها تبعاً، فإذا ولدت يبقى الولد كذلك عتيقاً، أو نقول: إذا أوصى بعتق جارية فولدت قبل القسمة، فإن العتق ينفذ فيهما، وإن لم يخرجها من الثلث يوزع بينهما. [الكفاية ٣٨٦/٩]

أن الأم أصل إلخ: وإنما كانت الأم أصلاً؛ لأن الإيجاب يتناولها قصداً، ثم يسري حكم الإيجاب إلى الولد، ولا مساواة بين الأصل والتبع، فتنفذ الوصية بالأم، ثم يكون له من الولد قدر ما بقي من الثلث، وتنفيذ الوصية في جميع الأم كان مستحقاً قبل الولادة، فلا يتغير بزيادة المال؛ لأنه يؤدي إلى نقضها في الأصل. [العناية ٣٨٦-٣٨٧]

تبع فيه: أي في الوصية على تأويل الإيصاء. [العناية ٣٨٦/٩]

لا يزاحم الأصل: لأن الإيجاب تناول الأم قصداً، ثم سري حكم الإيجاب إلى الولد، فلا يزاحم التبع الأصل؛ لعدم المساواة بينهما. (البنية) وذلك لا يجوز: لأن فيه إبطال الأصل بالتبع. [العناية ٣٨٧/٩] أي لا يجوز انتقاض الوصية في بعض الأصل لمزاحمة التبع. بخلاف البيع: لأن فيه إبطال الأصل بالتبع، بل يبقى تاماً صحيحاً فيه، إلا أنه لا يقابله بعض الثمن، هذا جواب عما يقال: لا نسلم. [البنية ٤٤٠/١٣]

بل يبقى تاماً صحيحاً فيه، إلا أنه لا يقابله بعضُ الثمن ضرورةً مقابلته بالولد إذا ^{البيع} اتصل به القبض، ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وإن كان ^{الولد} فاسداً، هذا إذا ولدت قبل القسمة، فإن ولدت بعد القسمة: فهو للموصى له؛ لأنه ^{هذا البيع} نماءٌ خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة.

فصل في اعتبار حالة الوصية

قال: وإذا أقر المريضُ لامرأةً بدين، أو أوصى لها بشيء، أو وهب لها،

إلا أنه لا يقابله [أي لا يقابل الأصل بعض الثمن لأجل ضرورة مقابلة ذلك البعض بالولد] إلخ: جواب عما يقال: لا نسلم أن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في الأصل، فإن بعض الثمن لا يقابله في ذلك، وفيه نقض له بحصته، ووجهه: أنه لا يقابله بعض الثمن ضرورةً مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض، فإن العوض الواحد لا يقابل بعوضين، لكن لا يوجب ذلك النقض في البيع؛ لأن الثمن تابع إلى آخر ما ذكرناه. (العناية) إذا اتصل به القبض: إنما قيد بذلك؛ لأن مقابلة بعض الثمن بالولد إنما يكون أن لو كان مقبوضاً بالأصل حتى لو هلك قبل القبض بأقصة سماوية لا يقابله شيء من الثمن، بل يأخذ الأم بجميع الثمن. [العناية ٣٨٧/٩] قبل القسمة: أي قبل القبول أيضاً، فإن ولدت بعد القبول وبعد القسمة، فهو للموصى له؛ لأن التركة بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميت، فحدثت الزيادة على خالص ملك الموصى له، وإن ولدت بعد القبول قبل القسمة ذكر القدوري أنه لا يصير موصى به، ولا يعتبر خروجه من الثلث، وكان للموصى له من جميع المال كما لو ولدت بعد القسمة، ومشائخنا رحمهم الله قالوا: يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول، وإن ولدت قبل موت الموصي لم يدخل تحت الوصية، وبقي على حكم ملك الميت؛ لأنه لم يدخل تحت الوصية قصداً ولا سراية والكسب كالولد في جميع ما ذكرناه. [الكفاية ٣٨٧/٩]

في اعتبار إلخ: لما ذكر حكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل أحكاماً تتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف؛ لما أن هذه الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الأصول، والأصل مقدم على العارض كذا في الشروح. [نتائج الأفكار ٣٨٧/٩]

قال: أي محمد رحمهم الله في "الجامع الصغير". [البنية ٤٤١/١٣]

ثم تزوجها ثم مات: جاز الإقرار، وبطلت الوصية والهبة؛ لأن الإقرار ملزم بنفسه، وهي أجنبية عند صدوره، ولهذا يعتبر من جميع المال، ولا يبطل بالدين إذا كان في حالة الصحة، أو في حالة المرض، إلا أن الثاني يؤخر عنه، بخلاف الوصية؛ لأنها إيجاب عند الموت، وهي وارثة عند ذلك، ولا وصية للوارث، والهبة وإن كانت منجزة صورةً، فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكماً؛ لأن حكمها يتقرر عند الموت، ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق، وعند عدم الدين تعتبر من الثلث. قال: وإذا أقر المريض لابنه بدين، وابنه نصراني، أو وهب له، أو أوصى له، فأسلم الابن قبل موته: بطل ذلك كله، أما الهبة والوصية؛

جاز الإقرار إلخ: مبناه: أن المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثاً، وغير وارث يوم الموت، لا يوم الوصية، والمعتبر في فساد الإقرار، وجوازه كون المقر له وارثاً في الحال، فإن الإقرار تملك في الحال. (العناية) ملزم بنفسه: فيه تلويح إلى رد قول زفر، وهو أن الإقرار أيضاً باطل؛ لأن إقرار المريض بمنزلة التملك، ولهذا لا يصح للوارث، ووجه ذلك: أن الإقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على أمر زائد كالموت في باب الوصية. [العناية ٣٨٨/٩]

ولا يبطل بالدين: أي لا يبطل الإقرار بسبب الدين يعني أن الدين لا يمنع صحة الإقرار، سواء كان الإقرار في الصحة، أو في المرض إلا أن الثاني وهو الإقرار الواقع في المرض مؤخر عندنا عن الإقرار الواقع في الصحة، حتى أن المال يصرف إلى ما أقر به في حالة الصحة، فإن فضل منه شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض، وإلا فلا، وعند أبي ليلى الإقراران يستويان، وهو مذهب الشافعي. الثاني: وهو الإقرار الواقع في المرض. [البنية ٤٤١/١٣] الموت: فإنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت.

أنها تبطل إلخ: فإن من وهب عبداً في مرض موته لأجنبي، وهو جميع ماله، وسلمه صح ذلك، وصار ملكاً للموهوب له، ثم إذا مات من ذلك المرض وجب الفسخ في الثلثين حقاً للورثة في الكل حقاً للغرماء، وصارت الهبة كالمعلق بالموت، فصار حكمها حكم الوصية. قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". [البنية ٤٤٢/١٣]

فلما قلنا: إنه وارث عند الموت، وهما إيجابان عنده أو بعده، والإقرار وإن كان ملزماً ^{الابن} لإسلامه الهبة والوصية ^{الموت} الموت، ولكن سبب الإرث، وهو البنوة قائم وقت الإقرار، فيعتبر في إيراد تهمة الإيثار، بخلاف ما تقدم؛ لأن سبب الإرث الزوجية، وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار، وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الإقرار؛ لقيام السبب حال صدوره، وكذا لو كان الابن عبداً، أو مكاتباً فأعتق؛ لما ذكرنا. ^{الإقرار} وذكر في كتاب الإقرار: إن لم يكن عليه دين: يصح؛ لأنه أقر لمولاه وهو أجنبي، وإن كان عليه دين: لا يصح؛ لأنه إقرار له، وهو ابنه، والوصية باطلة؛ لما ذكرنا أن المعتبر ^{العبد} فيها وقت الموت. وأما الهبة: فيروى أنها تصح؛ لأنها تمليك في الحال وهو رقيق، ^{الوصية}

قلنا: يعني في المسألة الأولى. (البنية) إيجابان عنده: هذا بالنظر إلى أن الإيصاء تمليك مضاف إلى زمان زوال الأهلية، وهو زمان الموت على ما روي عن الشافعي رحمه الله، أو بعده هذا بالنظر إلى أن التركة مبقاة على ملك الميت بعد الموت، فالإيصاء تمليك على سبيل الاستخلاف، فلا بد من بطلان أهلية الأصل كما هو مذهبنا. الإيثار: أي إيثار هذا الابن على الورثة الآخر.

تقدم: من الإقرار والهبة والوصية لامرأة. (البنية) طارئة: لأن الزوجية حصلت بعد الإقرار لها بدين، فلا يطل الإقرار. (البنية) الإقرار: أي إقرار المريض لها بدين. لقيام السبب: وهو الزوجية وقت الإقرار. (البنية) وكذا لو كان إلخ: أي يطل الإقرار والوصية والهبة كما لو كان نصرانياً، فأسلم قبل موت الأب. [الكفاية ٣٨٨/٩] لما ذكرنا: وهو قيام المسبب للإرث وقت الإقرار. [البنية ٤٤٢/١٣]

وإن كان عليه إلخ: أي إن كان على العبد دين لم يصح الإقرار؛ لأن الإقرار يكون للعبد، وهو ابنه، فلا يصح الإقرار؛ لأن المولى لا يملك ما في يده، وإن لم يكن على العبد يصح الإقرار؛ لأن الإقرار يكون لمولاه، ومولاه أجنبي، فيصح الإقرار له؛ وهذا لأن المولى ملك ما في يده.

وقت الموت: لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، والابن حينئذ وارث، ولا وصية للوارث. (البنية) رقيق: فتكون الهبة للمولى، فتصح. [البنية ٤٤٣/١٣]

وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية، فلا تصح. قال: والمُقْعَدُ والمفلوج والأشلُّ^{الهيئة} والمسلول إذا تطاول ذلك ولم يُخَفَّ منه الموت، فهبته من جميع المال؛ لأنه إذا تقدم العهد صار طبعاً من طباعه، ولهذا لا يشتغل بالتداوي، ولو صار صاحب فراش بعد ذلك، فهو كمرض حادث. وإن وهب عند ما أصابه ذلك، ومات من أيامه: فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش؛ لأنه يخاف منه الموت، ولهذا يتداوى، فيكون مرض الموت، والله أعلم.

قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". [البنية ٤٣٣/١٣] والمقعد: من لا يقدر على القيام. (العناية) والمفلوج إلخ: الفالج ذهاب الحس والحركة من أحد شقي البدن، وسلامة الشق الآخر، والشلل فساد في اليد يقال: شلت يده فشلت، ورجل أشل، والسل عبارة عن اجتماع المرة في الصدر ونفثها كذا ذكروا في كتب الطب، وتفسير المطرزي أن المسلول الذي سلت أثنياء أي نزعت خصيته لا يناسب هذا الموضع؛ لأن الكلام فيها إذا تطاول المرض، ولم يخف منه الموت، والذي نزعت خصيته بعد تطاول الزمان لا يسمى مريضاً أصلاً. تطاول ذلك إلخ: ومدة التطاول مقدرة بالسنة، والمراد من الخوف الغالب منه لا نفس الخوف. (الكفاية) صار [يعني خرج من أن يكون مريضاً مرض الموت (العناية ٣٨٩/٩)] طبعاً. [فحكمه حكم الأصحاء، فيعتبر تصرفه من ثلث المال، ولا يصح إقراره للوارث] إلخ: لأن المغير لحكم التصرف مرض الموت، وهو ما يكون سبباً للموت غالباً، وإنما يكون كذلك إذا كان بحال يزاد حالاً فحالاً إلى أن يكون آخره الموت، فأما إذا استحکم وصار بحيث لا يزاد، ولا يخاف منه الموت، فلا يكون سبباً للموت كالعمي ونحوه، وإنما يكون في حكم المرض في أول ما أصابه ذلك إذا صار صاحب فراش، وصاحب الدق والسل قبل أن يصير صاحب فراش لا يكون في حكم المريض؛ لأن الإنسان قلما يخلو عن قليل مرض، فما دام يخرج في حوائجه بنفسه، ولم يصير صاحب فراش لا يعد مريضاً عند الناس كذا ذكره الإمام قاضيخان رحمه الله. [الكفاية ٣٨٩/٩]

فهو كمرض إلخ: فيعتبر فيه تصرفه من الثلث. (العناية) وإن وهب: أي الذي صار صاحب فراش بعد المال. [البنية ٤٤٤/١٣] ومات: أي الفالج والسل وأمثالهما. إذا صار إلخ: أي إن صار صاحب فراش في أول ما حدثت تلك العلة، ومات في أيامه ذلك، فحكمه حكم المريض يعتبر تصرفه في ثلث المال، ولا يصح إقراره للوارث.

باب العتق في مرض الموت

قال: ومن أعتق في مرضه عبداً، أو باع وحابي أو وهب: فذلك كله جائز، وهو معتبر من الثلث، ويضرب به مع أصحاب الوصايا، وفي بعض النسخ: فهو وصية مكان قوله: جائز، والمراد الاعتبار من الثلث، والضرب مع أصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية؛ لأنها إيجابٌ بعد الموت، وهذا منجز غير مضاف، واعتباره من الثلث لتعلق حقِّ الورثة، الوصية تطوعاً ^{إلى الموت} وكذلك ما ابتدأ المريضُ إيجابه على نفسه كالضمان، والكفالة في حكم الوصية؛ ^{بالمال} فيعتبر من الثلث

باب العتق إلخ: الإعتاق في المرض في معنى الوصية؛ لوقوعه تبرعاً في زمان تعلق حق الورثة ذكره في كتاب الوصايا، ولكن آخر ذكره عما هو صريح في الوصية؛ لكون الصريح هو الأصل في الدلالة. ويضرب به إلخ: أي يضرب بالثلث كل واحد من هؤلاء الثلاثة، وهو العبد المعتق في مرض الموت، والمشتري من المريض الذي باع بالحياة، والموهوب له مع ما يرى أصحاب الوصايا، والمراد من ضربهم بالثلث مع أصحاب الوصايا استحقاقهم في الثلث كما في سائر الوصايا، فإنهم يستحقون الثلث لا غير، وليس المراد أنهم يتساوون أصحاب الوصايا في الثلث ومحاصوهم؛ لأن المعتق المتقدم في المرض مقدم على الوصية بالمال في الثلث. [البنية ١٣/٤٤٥]

والمراد إلخ: أي المراد من قوله: وصية اعتباراً للعتق الواقع في المرض، أو بيع الحياة الواقع فيه، أو الهبة الواقعة فيه من الثلث كاعتبار الوصية من الثلث، وليس مراده أن كل واحد من الأشياء المذكورة وقع وصية حقيقة؛ لأن حقيقة الوصية إيجاب تملك مضاف إلى ما بعد الموت، وليس كل واحد منها بهذه المثابة، بل وقع منجزاً، ولكن لما كان حكم كل واحد منها حكم الوصية باعتبار الثلث سماه وصية.

كالضمان والكفالة: غير بينهما بالعطف؛ لأن الضمان أعم من الكفالة، فإن من الضمان ما لا يكون كفالة بأن قال لأجنبي: خالع امرأتك على ألف على أي ضامن، وكذا لو قال: بع هذا العبد بألف على أي ضامن لك بخمس مائة من الثمن سوى الألف، فإن بدل الخلع يكون على الأجنبي لا على المرأة، والخمس مائة على الضامن دون المشتري. [العناية ٩/٣٩٠]

لأنه يتهم فيه كما في الهبة، وكل ما أوجبه بعد الموت، فهو من الثلث، وإن أوجبه
 في حال صحته؛ اعتباراً بحالة الإضافة دون حالة العقد، وما نفذه من التصرف،
 فالمعتبر فيه حالة العقد، فإن كان صحيحاً، فهو من جميع المال، وإن كان مريضاً
 فمن الثلث، وكل مرض صح منه، فهو كحال الصحة؛ لأن بالبُرء تبين أنه لا حق
 لأحد في ماله. قال: وإن حابي، ثم أعتق، وضاق الثلثُ عنهما: فالْحاباةُ أولى
 عند أبي حنيفة رحمته الله، وإن أعتق، ثم حابي: فهما سواء،
تحاصاً

لأنه يتهم فيه: أي لأن المريض متهم يتهم فيه أي في إيجابه على نفسه كما في الهبة أي كما يتهم. (البنابة)
 فهو من الثلث: لأنه علقه بحال تعلق الورثة فيه بالمال، فكان المعتبر فيه حال الإضافة لا حال الإيجاب.
 وإن أوجبه: أي وإن كان الإيجاب في حالة الصحة أي وإن كان واقعاً. (البنابة) التصرف: كالإعتاق والهبة. (الكفاية)
 أي ولم يضفه إلى ما بعد الموت. [البنابة ٤٤٦/١٣] العقد: أي حالة عقد التصرف.

المال: أي يعتبر تصرفه من جميع المال. وكل مرض إلخ: أي كل مرض صح منه، وقد تصرف فيه كان
 تصرفه تصرف الأصحاء؛ لأنه لما برئ من مرضه تبين أنه لم يكن مرضه سبب الحجر عن تصرفه حيث
 لم يكن حق أحد متعلقاً بماله. وإن حابي [أي باع بغبن فاحش] إلخ: صورته: رجل باع في مرضه عبداً
 يساوي ألفين من رجل بألف، وأعتق عبداً يساوي ألفاً، ولا مال له سواهما، فالْحاباةُ أولى، وإن ابتداء
 بالعتق تحاصاً فيه عند أبي حنيفة رحمته الله، ففي الأول يسلم العبد للمشتري بألف، ولم يبق من الثلث شيء
 إلا أن العتق لا يمكن رده، فيسعى العبد في قيمته للورثة، وفي الثانية: يتحاصان في مقدار الثلث، وقالوا:
 العتق أولى سواء قدم الْحاباةُ أو أخرها، فيعتق العبد بجانا؛ لأن قيمته بقدر الثلث، ويخبر المشتري إن شاء
 نقض البيع، ورد العبد؛ لما لزمه من الزيادة في الثمن من غير رضاه، وإن شاء أمضى العقد، وأدى كمال
 قيمة العبد ألفي درهم. [العناية ٣٩٠/٩]

فالْحاباةُ أولى إلخ: إن كانت الْحاباةُ قبل العتق بدئاً بِالْحاباةِ قبل العتق، وإن كان العتق قبل الْحاباةِ تحاصاً
 جميعاً صاحب الْحاباةِ والعتق، فإن لم يبق شيء بعدهما بطل ما بقي من الوصايا، وإن بقي من الثلث شيء،
 فضاربوا فيه على قدر وصاياهم.

وقالوا: العتقُ أولى في المسألتين. والأصل فيه: أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث: فكلُّ من أصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يُقدَّم البعضُ على البعض إلا العتقُ الموقَّع في المرض، والعتقُ المعلقُ بموت الموصي كالتدبير الصحيح، والمحابة في البيع إذا وقعت في المرض؛ لأن الوصايا قد تساوت، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق، وإنما قدَّم العتقُ الذي ذكرناه آنفاً؛ لأنه أقوى، فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي، وغيره يلحقه،

وقالوا: إلخ: قال أبو يوسف ومحمد: يبدأ بالعتق قبل المحابة، قدم العتق أو أخر، فإن لم يبق شيء من الثلث بطلت الوصية الباقية، وإن بقي من الثلث شيء تضارب أهل الوصايا الباقية على قدر وصاياهم، وكان لكل منهم قدر ما يخص وصية من ذلك. الثلث: مثل أن يوصي بالربع والسلس. [البنية ١٣/٤٤٧] الثلث: فيكون الثلث بينهم. إلا [مستثنى من قوله: لا يقدم. (العناية ٩/٣٩٠)] العتق إلخ: فإنه يبدأ بكل ذلك قبل كل وصية، ثم تضارب أهل الوصايا بعد ذلك، فما بقي من الثلث يكون بينهم على قدر وصاياهم. في المرض: أي المنجز لا المفوض إلى إعتاق الورثة مثل أن يقول: أعتقه، أو يوصي بعتقه بعد موته. (العناية) والعتق المعلق إلخ: والحرف فيه إنما يكون منفذاً عقيب الموت من غير حاجة إلى التنفيذ، فهو في المعنى أسبق مما يحتاج إلى التنفيذ، والترجيح يقع بالسبق، توضيحه: أن العتق المنفذ بالموت يستحق استحقاق الديون، فإن صاحب الدين ينفرد باستيفاء دينه إذا ظفر بجنس حقه، وهنا بنفس الموت يصير مستوفياً حقه، والدين مقدم، فكذا ما في معناه. [الكفاية ٩/٣٩٠]

كالتدبير الصحيح: مثل أن يقول الرجل للمملوك: أنت حر بعد موتي أو أنت حر إذا مت أو إن مت، واحترز بالصحيح عن التدبير الفاسد، كما إذا قال: أنت حر بعد موتي بيوم أو شهر، فإنه لا يكون مقدماً على سائر الوصايا، بل هو وسائر الوصايا الوصايا سواء. [البنية ١٣/٤٤٣] آنفاً: وهو العتق الموقَّع في المرض. (البنية) وغيره يلحقه: أي غير العتق يلحقه أي الفسخ من جهة الموصي؛ لأنه يصح الرجوع عنه، ولا يصح الرجوع في العتق. [البنية ١٣/٤٤٨]

وكذلك المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي، وإذا تقدم ذلك، فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من أهل الوصايا، ولا يقدم البعض على البعض. لهما في الخلافية: أن العتق أقوى؛ لأنه لا يلحقه الفسخ، والمحاباة يلحقها، ^{ما بقي من الثلث} من المحاباة. ولا معتبر بالتقديم في الذكر؛ لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت. وله: أن المحاباة أقوى؛ لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة، فكان تبرعاً بمعناه لا بصيغته، والإعتاق ^{من العتق} تبرع صيغة ومعنى، فإذا وجدت المحاباة أولاً دفع الأضعف، وإذا وجد العتق أولاً وثبت، وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة، ^{فهما سواء}

وكذلك المحاباة إلخ: لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة، ومن قضية المعاوضة اللزوم، فلزمه الوصية التي في ضمنها بمنزلة العتق. (البنية) ذلك: أي العتق المذكور والمحاباة. سواهما: أي من سوى العتق المذكور، والذي حابى له. [البنية ٤٤٨/١٣] في الخلافية: قال صاحب "العناية" في بيان الخلافية وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق، وتبعه العيني، أقول: هذا شرح فاسد، لأن الخلاف بين أبي حنيفة رحمته الله وصاحبيه في كلتا المسألتين المذكورتين، وهما التي قدم فيها المحاباة على العتق، والتي قدم فيها العتق على المحاباة، وكذا الدليل المذكور من قبلهما، والدليل المذكور من قبله يتمشيان في تينك المسألتين معاً بلا كلفة كما لا يخفى على ذي مسكة، فلا وجه لتفسير الخلافية هنا بما يخص المسألة الأولى، فالصواب في بيانها أن يقال: وهي التي اجتمع فيها العتق والمحاباة، سواء قدم العتق على المحاباة، أو قدمت المحاباة على العتق. (فتح القدير ٣٩/٩) يلحقها: الفسخ من جهة المشتري. ولا معتبر: أي لا يكون المحاباة أولى بالتقديم في الذكر.

لا يوجب التقدم إلخ: لأن زمان التقرر بعد الموت، والكل يتقرر معاً. [الكفاية ٣٩٢/٩] ألا ترى أنه إذا أوصى بثلاث ماله لفلان ولفلان كان بينهم أثلاثاً وصل أو فصل، ولا عبرة بالبداية، فكذاك ههنا. (العناية) المعاوضة: يعني وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها. [العناية ٣٩١/٩] لا بصيغته إلخ: أي لا من حيث صيغته، فإن البيع بالمحاباة عقد تجارة، حتى يجب للشفع الشفعة، فالشفعة تخصص بالمعاوضات، ولهذا إن البيع بالمحاباة يصح من العبد المأذون والصبي المأذون. [البنية ٤٤٨/١٣]

وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمته الله: إذا حابي، ثم أعتق، ثم حابي: قُسِمَ الثلثُ بين المحابطين نصفين؛ لتساويهما، ثم ما أصاب المحابة الأخيرة قُسِمَ بينها وبين العتق؛ لأن العتق مقدّم عليها فيستويان، ولو أعتق، ثم حابي، ثم أعتق: قُسِمَ الثلثُ بين العتق الأول والمحابة نصفين، وما أصاب العتق: قسم بينه وبين العتق الثاني، وعندهما: العتق أولى بكل حال. قال: ومن أوصى بأن يُعتَقَ عنه بهذه المائة عبدًا، فهلك منها درهم: لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة رحمته الله، وإن كانت وصيته بحجة: يُحَجُّ عنه بما بقي من حيث يبلغ، وإن لم يهلك منها، وبقي شيء من الحجة يُردُّ على الورثة. وقالوا: يعتق عنه بما بقي؛ لأنه وصية بنوع قربة، فيجب تنفيذها ما أمكن؛

تبرع: لأنه لم يثبت في ضمن المعاوضة، وبالمرض يلحقه الحجر عنه. [العناية ٣٩١/٩] هذا: أي على الأصل الذي ذكر من جهة أبي حنيفة رحمته الله: لتساويهما: في وقوعهما في ضمن عقد المعاوضة. [البنية ٤٤٩/١٣] ثم ما أصاب إلخ: أي ما أصاب المحابة الأخيرة من نصف الثلث قسم بينها وبين العتق المتقدم عليها؛ لأنه حصل له الاستواء مع المحابة؛ لتقدمه عليها. قسم بينها إلخ: فيه بحث، وهو أن يقال: المحابة الأولى مساوية للمحابة الثانية، والمحابة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها، فالمحابة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها، وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة رحمته الله، والجواب أن شرط الإنتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته، وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه. [العناية ٣٩٢/٩]

قسم الثلث: أي نصفين؛ لأن العتق لما تقدمها زاحمها. قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". (البنية) بهذه المائة: [أي يشتري بهذه المائة عبد، ويعتق ذلك العبد عن الموصي] وكان المائة ثلث المال، أو أقل من الثلث، وأما إذا كان ثلث ماله أقل من مائة، فإنه لا يشتري، وبطلت الوصية في قول أبي حنيفة رحمته الله، وفي قولهما: يشتري عبد بثلث ماله ويعتق. على الورثة: قال الإمام الكتاني: إلا أن يكون الموصي جعل الفضل للذي حج عنه فيكون له. [العناية ٣٩٢/٩] قربة: أي التقرب إلى الله تعالى.

اعتباراً بالوصية بالحج. وله: أنه وصية بالعتق لعبد يشتري بمائة، وتنفيذها فيمن يشتري بأقل منه تنفيذ لغير الموصي له، وذلك لا يجوز، بخلاف الوصية بالحج؛ لأنها قرينة محضة من المائة فتبدل المستحق هي حق الله تعالى، والمستحق لم يتبدل، وصار كما إذا أوصى لرجل بمائة، فهلك بعضها يُدفع الباقي إليه. وقيل: هذه المسألة بناء على أصل آخر مختلف فيه، وهو: أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تُقبل الشهادة عليه من غير دعوى، فلم يتبدل المستحق، وعنده: حق العبد حتى لا تُقبل البينة عليه من غير دعوى، فاختلف المستحق، وهذا أشبه. قال: ومن ترك ابنين ومائة درهم، وعبدًا قيمته مائة درهم، وقد كان أعتقه في مرضه، فأجاز الوارثان ذلك: لم يسع في شيء؛ لأن العتق في مرض الموت وإن كان في حكم الوصية، وقد وقعت بأكثر من الثلث، إلا أنها تجوز بإجازة الورثة؛ لأن الامتناع لحقهم، وقد أسقطوه. قال: ومن أوصى بعتق عبده، ثم مات، فجنى جنائية،

بالوصية: أي ما إذا أوصى بأن يحج عنه بهذه المائة، فهلك درهم يحج عنه بما بقي. لغير الموصي له: [وفي نسخة به] أي لغير من أوصى له الموصي، فإن من قيمته دون المائة غير من قيمته مائة. وقيل: القائل فخر الإسلام البزدوى في شرح "الجامع الصغير". المستحق: فلم يكن العبد موصى له، بل الموصي له صاحب الشرع وهو لم يتبدل. وهذا أشبه: يعني إلى الصواب؛ لأنه يثبت بالدليل أنه حق العبد عنده، فيخلف المستحق إذا هلك منه شيء، وتبطل الوصية، وترد المائة إلى ورثته. [العناية ٣٩٣/٩] أي كون هذا الخلاف في عتق النسمة بناء على أن العتق حق الله عز وجل، أو حق المملوك هو أشبه بالصواب. [البنية ٤٥٠/١٣] قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية) أنها: أي أن الوصية بأكثر من الثلث. فجنى جنائية: اعلم أن العبد إذا جنى جنائية خطأ، فحكمه الدفع أو الفداء، ثم هذا العبد الموصى له بعتقه إذا جنى جنائية بعد موت الموصي كانت الورثة بالخيار إن شاءوا دفعوه بالجنائية، وإن شاءوا فدوه، فإن دفعوه بطلت الوصية؛ لأن الدفع يبطل حق المالك لو كان حياً، فكذلك يبطل حق من يتلقى الملك من جهته، وهو الموصي له.

وَدُفِعَ بِهَا: بطلت الوصية؛ لأن الدفع قد صح؛ لما أن حقَّ وليِّ الجناية مقدم على حق الجناية الموصي، فكذلك على حق الموصي له؛ لأنه يتلقى الملك من جهته، إلا أن ملكه فيه باق، وإنما يزول بالدفع، فإذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باعه الموصي، أو وارثه بعد موته، فإن فداه الورثة كان الفداء في ما لهم؛ لأنهم هم الذين التزموه، وجازت الوصية؛ لأن العبد طهر عن الجناية بالفداء كأنه لم يجن، فتنفذ الوصية. قال: ومن أوصى بثلث ماله لآخر، فأقرَّ الموصي له، والوارث: أن الميت أعتق هذا العبد، فقال الموصي له: أعتقه في الصحة، وقال الوارث: أعتقه في المرض، فالقول قول الوارث، ولا شيء للموصي له إلا أن يفضل من الثلث شيء، أو تقوم له البيّنة أن العتق في الصحة؛ لأن الموصي له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق؛ لأن العتق في الصحة ليس بوصية، ولهذا ينفذ من جميع المال، والوارث ينكره؛ لأن مدّعه العتق في المرض، وهو وصية، والعتق في المرض مقدّم على الوصية بثلث المال،

فكذلك: فيكون ولي الجناية مقدماً عليه أيضاً. إلا: استثناء من قوله: لما أن حق ولي الجناية مقدم في العبد. [البنية ٤٥١/١٣] إلا أن ملكه: أي ملك الموصي فيه باق لحاجته، حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لا يعتق؛ لما بينا أن ملك الميت باق لحاجته؛ وهذا لأن ملك الورثة ملك خلافة، فلا يثبت ما لم يستغن الأصل منه، وهذا جواب إشكال، وهو أن يقال: لما كان حق ولي الجناية مقدماً على حق الموصي، والموصي له ينبغي أن تبطل الوصية قبل الدفع، والجواب عنه: أن ملك الموصي فيه باق ما لم يدفع به، وبقاء الوصية باعتبار بقاء ملك الموصي، فإذا دفع زال ملكه، فتبطل الوصية. [الكفاية ٣٩٣/٩-٣٩٤] في ما لهم: أي كانوا متبرعين فيما فداوا به. (العناية) قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية) الصحة: فلنا ثلث ما بقي من التركة بعد العتق. المرض: فنفذ العتق مقدم على وصيتك. شيء: فللموصي له الفضل. بثلث المال: لقوته؛ لأنه لا تحمل الرد والنقض.

فكان منكراً، والقول قول المنكر مع اليمين، ولأن العتق حادث، والحوادث تضاف^{الوارث} إلى أقرب الأوقات؛ للتيقن بها، فكان الظاهر شاهداً للوارث، فيكون القول قوله مع اليمين، إلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد؛ لأنه لا مزاحم له فيه، أو تقوم له^{الفاضل} البيّنة أن العتق في الصحة؛ لأن الثابت بالبيّنة كالثابت معاينة، وهو خصم في إقامتها لإثبات حقه. قال: ومن ترك عبداً، فقال للوارث: أعتقني أبوك في الصحة، وقال رجل: لي على أهلك ألف درهم، فقال: صدقتما، فإن العبد يسعى في قيمته عند أبي حنيفة رحمته، وقالوا: يعتق ولا يسعى في شيء؛ لأن الدين والعتق في الصحة ظهراً معاً بتصديق^{فاستويا} الوارث في كلام واحد، فصارا كأنهما كانا معاً، والعتق في الصحة لا يوجب السعاية،

منكراً: فغرضه أن لا شيء للموصى له. والقول قول إلخ: فإذا كان القول قول الورثة كان الثلث مستحقاً بالعتق، فإن فضل شيء منه إلى تمام الثلث، فهو للموصى له، وإن لم يفضل، فلا شيء للموصى له. والحوادث تضاف: إذا جهل التاريخ، وأقرب الأوقات حال المرض، فيضاف العتق الحادث إليه لتيقن الأقرب ما لم يتبين أنه من قبل. في الصحة: أي لم يكن وصية، فحينئذ ثلث المال للموصى له. وهو خصم إلخ: جواب عن إشكال على قول أبي حنيفة رحمته، فإن العتق عنده حق العبد، فلا بد من الخصومة، وهو الدعوى حتى تقبل البيّنة، ولم توجد الدعوى من العبد، فينبغي أن لا يقبل البيّنة على العتق، والجواب عنه: أن البيّنة إنما وجدت من الخصم، فإن الموصى له بهذه البيّنة يثبت لنفسه حقه، فيكون خصماً، والبيّنة من الخصم مقبولة. [الكفاية ٣٩٤/٩] قال: أي محمد رحمته في "الجامع الصغير". (البنائية) واحد: بقوله: صدقتما. [العناية ٣٩٤/٩] فصارا: أي العتق في الصحة والدين.

لا يوجب السعاية إلخ: لأن من أعتق عبداً في صحته، ثم مات، وعليه دين لم يسع العبد له في شيء، فهذا مثله، وهذا لأن الإقرار بهذين الأمرين في حالة المرض إنما يمنع أحدهما الآخر أن لو كان أحدهما متأخراً عن الآخر، فيمنع المتقدم المتأخر، وههنا لما حصل معاً بتصديق كل واحد يجعل كان الأمرين كانا مثبتاً بالبيّنة، فيثبتان معاً لذلك. [الكفاية ٣٩٤/٩]

وإن كان على المعتق دين. وله: أن الإقرار بالدين أقوى؛ لأنه يُعتبر من جميع المال، والإقرار بالعتق في المرض يُعتبر من الثلث، والأقوى يدفع الأدنى، فقضيته أن يبطل العتق أصلاً، إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان، فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية، ولأن الدين أسبق؛ لأنه لا مانع له من الإسناد، فيسند إلى حالة الصحة، ولا يمكن إسناد العتق إلى تلك الحالة؛ لأن الدين يمنع العتق في حالة المرض مجاناً،
حالة الصحة

وله أن إلخ: أي لأبي حنيفة رحمته الله وجهان: أحدهما: أن الإقرار بالدين أقوى من الإقرار بالعتق، فدفع الأقوى الأضعف، والدليل على ذلك أن إقرار الدين يصح من رأس المال لا من الثلث فحسب، وأنه لا يعتبر وصية من المريض، والإقرار بالعتق من المريض يصح من الثلث لا غير، وإسناد الإقرار بالعتق إلى الصحة إنما يصح إذا لم يكن المانع من الإسناد، وقد وجد المانع، وهو شغل الدين، فإن منع الإسناد إلى حال الصحة، فاقصر العتق إلى حالة المرض، فعلى هذا كان ينبغي أن يبطل العتق أصلاً، إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ، فيفسخ من حيث المعنى بإيجاب السعاية على العبد، ويقضى به الدين، ولا يفسخ من حيث الصورة، ولأن الدين أسبق؛ لأنه لا مانع من إسناد الدين إلى حالة الصحة؛ لأن الإقرار يصح من رأس المال من الصحيح والمريض جميعاً، وإسناد العتق إلى حالة الصحة لا يمكن؛ لأن الدين يمنع أن يقع العتق مجاناً، فلا جرم وجبت السعاية عليه، وإقرار الوارث بمنزلة إقرار المريض، ولو أن المريض أقر في مرضه أنه أعتق هذا العبد في صحته، وأقر بدين كان الدين أولى، فكذا إذا أقر الوارث.

من حيث المعنى: لا من حيث الصورة. (البنية) بإيجاب السعاية: على العبد، ويقضى به الدين. [البنية ١٣/٤٥٣] فيسند إلخ: فكذلك ثبت الدين من كل وجه، ويثبت العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى؛ لأن إعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنى بوجوب السعاية، وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت، ولو قال العبد لمولاه المريض: أعتقني في صحتك، وقال رجل آخر: لي عليك ألف درهم دين، فقال المريض: صدقتما، عتق العبد، ويسعى في قيمته للغريم كذلك ههنا. [العناية ٩/٣٩٤] ولا يمكن إسناد إلخ: وهذا لأن العتق لم يظهر إلا ومعه الدين، وأنه يمنع ظهور العتق مجاناً في المرض، وإسناد العتق إلى حالة الصحة يكون بعد ثبوته، فصار الدين مانعاً إسناد العتق إلى الصحة، فبقي العتق مقصوراً. [الكفاية ٩/٣٩٤]

فتجب السعاية، وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل، وترك ألف درهم، فقال رجل: لي على الميت ألف درهم دين، وقال الآخر: كان لي عنده ألف درهم وديعة، فعنده: الوديعة أقوى، وعندهما: هما سواء.

الدين والوديعة

فصل

قال: ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى: قُدمت الفرائض منها قَدَمها الموصي، القدوري

وديعة: فقال الوارث: صدقتما. فعنده إلخ: هذا من المسامحات، فإن الكبار القدماء ذكروا الخلاف على العكس، فالحاكم في مختصر "الكافي"، والفقيه أبو الليث السمرقندي في "كتاب مختلف الرواية"، والقدوري في "كتاب التقريب"، وفخر الإسلام في "شرح الجامع الصغير"، والإمام نجم الدين أبو جعفر النسفي في "كتاب الحصر" وغيرهم قالوا: إن عندهما الوديعة أقوى، وعنده هما سواء، والتفصيل في "غاية البيان".

أقوى: فإن صاحب الدين يدعي حقاً في الذمة انتقل إلى العين، وصاحب الوديعة يدعي العين، فإذا قال: صدقتما، فقد سبق حق صاحب الوديعة إلى العين قبل ثبوت حق صاحب الدين فيه، فكان أولى به. وعندهما: فالألف بينهما نصفان. هما سواء: فإن صاحب الدين لما ادعى الدين، فقد ادعى حقاً في الذمة منقولاً إلى العين، وصار مدعياً للعين، وصاحب الوديعة يدعي العين أيضاً، فإذا كان كذلك، فكل واحد منهما يدعي العين، وصدقهما الوارث فيه، فصارا مستويين في الحق في ذلك العين، فكان بينهما.

فصل: قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل؛ لقوة العتق في المرض؛ لأنه لا يلحقه الفسخ. (العناية)

ومن أوصى إلخ: اعلم أن من مات وعليه حقوق الله تعالى من صلاة، أو صيام، أو زكاة، أو حج، أو كفارة، أو نذر، أو صدقة فطر، فإذا أن يوصى بها، أو لا، فإن كان الثاني لم تؤخذ من تركته، ولم تجبر الورثة على إخراجها، لكن لهم أن يتبرعوا بذلك، وإن كان الأول ينفذ من ثلث ماله عندنا. [العناية ٣٩٥/٩]

قدمت الفرائض إلخ: الوصايا لا تخلو إما أن يكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد، وما كان لله تعالى، فلا يخلو إما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة، أو كله واجبات كالكفارات والنذر وصدقة الفطر، أو كله تطوعاً كالوصية بحج التطوع، والصدقة على الفقراء وما أشبهها، =

أو آخرها مثل: الحج والزكاة والكفارات؛ لأن الفريضة أهم من النافلة، والظاهر منه البداءة بما هو الأهم، فإن تساوت في القوة ^{الوصية} بُدئ بما قدّمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث؛ لأن الظاهر منه ^{الموصي} يتدئ بالأهم. وذكر الطحاوي رحمته الله أنه يتدئ بالزكاة، ويقدمها على الحج، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمته الله، وفي رواية عنه: أنه يقدم الحج، وهو قول محمد رحمته الله. وجه الأولى: أنهما وإن استويا ^{لزكاة والحج} في الفرضية، فالزكاة تعلق بها حق العباد، فكان أولى، وجه الأخرى: أن الحج ^{الرواية الأخرى} يقام بالمال والنفس، والزكاة بالمال قصراً عليه، فكان الحج أقوى، ثم تقدم الزكاة ^{تقام} والحج على الكفارات؛ لمزيتهما عليها في القوة؛ إذ قد جاء فيهما من الوعيد

= فإن جمع بين هذه الوصايا كلها، فإن كان ثلث ماله يحتل جميع ما أوصى، فإنه ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله، وإن كان ثلث ماله لا يحتل ذلك، فإن أجازت الورثة، فكذا، وإن لم تجز الورثة، فإنه ينظر إن كانت وصاياه كلها لله تعالى، فإنه ينظر إن كانت كلها فرائض، فإنما نبذاً بما بدأ به الميت، وإن كانت واجبات، فإنه يبدأ بما بدأ به أيضاً، وكذلك لو كانت كلها تطوعاً، فإن كان بعضها فرائض، وبعضها واجبات، وبعضها تطوعاً، فإنه يبدأ بالفرائض، أولاً، وإن آخرها، ثم بالواجبات، ثم بالتطوع. [الكفاية ٣٩٥/٩-٣٩٦]

في القوة: بأن كانت كلها فرائض أو نوافل كالجسور والرباطات والمساجد. [البنية ٤٥٥/١٣] وهو قول محمد: لعل المصنف وجد رواية، وإلا فالقدوري في "شرح مختصر الكرخي"، وشمس الأئمة السرخسي في "شرح الكافي"، وشمس الدين البيهقي في "الكفاية"، وصاحب "التحفة"، والشيخ أبو نصر في "شرح الأقطع" جعلوا قول محمد رحمته الله تقدم الزكاة على الحج كذا في "غاية البيان". حق العباد: يعني باعتبار أن الفقير حقه في القبض ثابت، فكان ممتزجاً بحقين. [العناية ٣٩٦/٩]

من الوعيد إلخ: أما في الزكاة فقله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ﴾، الآية، وأما في الحج فقله تعالى: ﴿وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ﴾ مكان قوله: ومن لم يحج، من مات وعليه حجة الإسلام إن شاء مات يهودياً أو نصرانياً. الحديث. [العناية ٣٩٦/٩]

ما لم يأت في الكفارة،* والكفارة في القتل والظهار واليمين مُقَدَّمة على صدقة الفطر؛ لأنه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر، وصدقة الفطر مقدمة على ^{فإن وجوبها بالسنة} الأضحية؛ للاتفاق على وجوبها، والاختلاف في الأضحية، وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض.

الأضحية: فإنما غير واجبة عند الشافعي، والأضحية مقدمة على النوافل؛ لأنها واجبة عندنا. يقدم بعض إلخ: فمن ذلك: أن صدقة الفطر وجبت بإيجاب الله تعالى، فيقدم على الواجب بإيجاب العبد، والنذور والكفارات كلها مقدمة على الأضحية؛ لأن الأضحية اختلفوا في وجوبها، ولم يختلفوا في وجوب النذر، والأضحية مقدمة على النوافل، ثم كفارة القتل مقدمة على غيرها؛ لأن كفارة القتل أقوى، ألا ترى أن الإسلام شرط في ذلك، ثم تقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار؛ لأن كفارة اليمين وجبت بمثك حرمة اسم الله تعالى، وكفارة الظهار وجبت بإيجاب حرمة على نفسه، فكانت كفارة اليمين أقوى. [الكفاية ٣٩٧/٩]

* أما حديث الوعيد في ترك الزكاة، فمنها: ما أخرجه البخاري ومسلم. [نصب الراية ٤٠٨/٤] أخرج البخاري في "صحيحه" عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: ما من صاحب ذهب ولا فضة لا يؤدي منها حقها، إلا إذا كان يوم القيامة صفحت له صفائح من نار، فأحمي عليها في نار جهنم، فيكوى بها جنبه وجبينه، وظهره كلما بردت أعيدت له في يوم كان مقداره خمسين ألف سنة حتى يقضى بين العباد، فيرى سبيله إما إلى الجنة، وإما إلى النار، قيل: يا رسول الله! فالإبل؟ قال: ولا صاحب إبل لا يؤدي منها حقها، ومن حقها حلبها يوم ورودها، إلا إذا كان يوم القيامة بطح لها بقاع قرقر أو فر ما كانت لا يفقد منها فصيلاً واحداً تظؤه بأخفافها، وتعضه بأفواهها كلما مر عليه أو لاها رد عليه أخرى في يوم كان مقداره خمسين ألف سنة حتى يقضى بين العباد، فيرى سبيله إما إلى الجنة، وإما إلى النار" الحديث. [رقم: ١٤٠٢، باب إثم مانع الزكاة] أحاديث الحج: أخرج الترمذي عن هلال بن عبد الله مولى ربيعة بن عمرو بن مسلم الباهلي ثنا أبو إسحاق الهمداني عن الحارث عن علي قال: قال رسول الله ﷺ: "من ملك زاداً وراحلة تبلغه إلى بيت الله ولم يحج، فلا عليه أن يموت يهودياً أو نصرانياً". وقال: وهلال بن عبد الله مجهول، والحارث يضعف في الحديث. [رقم: ٨١٢، باب ما جاء من التغليظ في ترك الحج]

قال: وما ليس بواجب قُدِّم منه ما قُدِّمه الموصي؛ لما بينا، وصار كما إذا صرح بذلك،
 قالوا إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى، وما كان للعبد، فما أصاب
 القربُ صرف إليها على الترتيب الذي ذكرناه، ويقسم على عدد القرب، ولا يجعل
 الجميع كوصية واحدة؛ لأنه إن كان المقصودُ بجمعها رضا الله تعالى، فكلُّ واحد في
 نفسها مقصود، فنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين. قال: ومن أوصى بحجة الإسلام:
 أحجوا عنه رجلاً من بلده يحج ركباً؛ لأن الواجب لله تعالى الحجُّ من بلده،
 على الموصي

قدم منه إلخ: بأن أوصى بأن يحج عنه تطوعاً، أو أوصى بأن يعتق عنه نسمة تطوعاً، ولم يعينها، وأوصى
 بأن يتصدق عنه بمائة على الفقراء لا بأعيانهم، فإنه يبدأ بما بدأ به الميت، وإنما كان كذلك؛ لأن الموصى له
 في هذه الصورة واحد، وهو الله تعالى؛ لأن الوصية بالحج صحت، وكذلك الوصية بعتق نسمة لا بعينها
 صحت لله تعالى لا للعبد؛ لأن العبد إذا لم يكن بعينه كان مجهولاً، والوصية للمجهول لا تصح، فثبت أن
 الموصى له واحد، والقصود واحد، وهو التقرب إلى الله تعالى.

لما بينا: إشارة إلى قوله: لأن الظاهر أنه يتدعى بالأهم. (الكفاية) صرح بذلك: وهو أن يقول: ابدعوا بما
 بدأت به، هذا هو ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أصحابنا عليهم السلام أنه يبدأ بالأفضل، فالأفضل يبدأ
 بالصدقة، ثم بالحج، ثم بالعتق، سواء بدأ بالصدقة أم آخرها. (الكفاية) ذكرناه: أي فيما مضى في هذا
 الفصل. [البنية ١٣/٥٧] ويقسم على إلخ: فيجعل كل جهة من جهات القرية مفردة، ولا يجعل جهة
 واحدة نحو أن يقول: ثلث مالي في الحج، والزكاة، والكفارات، ولزيد يقسم على أربعة أسهم؛ لأن كل جهة
 من هذه غير الجهة الأخرى، وإن كان متحداً، وهو القرية، ولكن تعتبر الجهة المسماة؛ لأن الجهة هي المنصوص
 عليها، وهو كما إذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل يصرف لكل جهة سهم، وإن كان المقصود من
 الجميع القرية، ثم ما أصاب القرب يصرف إليها على الترتيب الذي ذكرناه. [الكفاية ٩/٣٩٧-٣٩٨]

تنفرد وصاياها إلخ: فإن الجميع منها، وإن كان المقصود به القرية إذا أوصى للفقراء والمساكين وابن
 السبيل، لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة، فكذا هذا. [العناية ٩/٣٩٧]

ولهذا يُعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده، والوصية لأداء ما هو الواجب عليه، وإنما قال: "راكباً"؛ لأنه لا يلزمه أن يحج ماشياً، فانصرف إليه على الوجه الذي وجب عليه. قال: فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ، وفي القياس: لا يحج عنه؛ لأنه القُدوري أمر بالحجة على صفة عدمها فيه غير أننا جوزناه؛ لأننا نعلم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية، فيجب تنفيذها ما أمكن، والممكن فيه ما ذكرناه، وهو أولى من إبطالها رأساً، ^{للثواب} ^{تنفيذ الوصية} ^{الوصية} ^{بالكلية} وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل. قال: ومن خرج من بلده حاجاً، فمات في الطريق، وأوصى أن يُحجَّ عنه: يحجَّ عنه من بلده عند أبي حنيفة رحمته، وهو قول زفر رحمته. وقال أبو يوسف ومحمد رحمتهما: يحجَّ عنه من حيث بلغ استحساناً، وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق. لهما: أن السفر بنية الحج وقع قربةً،

يعتبر: لأنه يشترط من الزاد والراحلة ما يكفيه من بلده. لا يلزمه: لأن الموصي لم يكن يجب عليه الحج إذا لم يقدر على الراحلة، وإنما يجب عليه إذا قدر على الراحلة، فإذا وجب الحج ركباً يلزم الأداء على الذي يحج عنه كذلك ركباً. [البنية ١٣/٤٥٨] ما ذكرناه: وهو الإحجاج عنه من حيث تبلغ النفقة. (البنية) وقد فرقنا إخراج: والفرق وقع على قول أبي حنيفة رحمته، وهو ما ذكر قبل هذا الفصل في قوله: وله أنه وصية بعتق عبد يشتري بمائة، وتنفيذها فيمن يشتري بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له إخراج. (الكفاية) حاجاً: قيد بقوله: حاجاً؛ لأنه لو خرج للتجارة، فإنه يحج من بلده بالاتفاق. [الكفاية ٩/٣٩٨] وقال أبو يوسف رحمته إخراج: قيل: هذا الخلاف فيما إذا كان له وطن، فأما إذا لم يكن، فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق؛ لأنه لو تجهز بنفسه لتجهز من حيث هو، فكذلك إذا أوصى. [العناية ٩/٣٩٨] حيث بلغ: أي من مكان بلغ فيه، ومات هناك. لهما أن السفر إخراج: مدفوع بقوله رحمته: كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلا ثلاثة، فإن الخروج للحج ليس منه، ورد بأن المكفر إذا أطمع بعض المساكين، ومات فأوصى وجب الإكمال بما بقي بالاتفاق، ولم ينقطع ما أطمعه بالموت ذكره في "الأسرار"، =

وسقط فرض قطع المسافة بقدره، وقد وقع أجره على الله، فيبتدئ من ذلك المكان كأنه من أهله، بخلاف سفر التجارة؛ لأنه لم يقع قربة، فيحج عنه من بلده. ^{سفره} _{مكان مات}

وله: أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده على ما قررناه أداءً للواجب على الوجه الذي وجب، والله أعلم.

= فما هو جواب أبي حنيفة رحمته الله عن ذلك، فهو جوابنا عن الحج، وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الأمر بدليل أن الأول إذا بدا له في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى في بعض الطريق، وفوض الأمر إلى غيره برضا الوصي لم يجوز، ولزمه رد ما أنفقه، وأما الإطعام، فإنه يقبل التجزئ حتى أن الأمور بالإطعام إذا أطعم البعض، ثم ترك البعض، وأمر به غيره، فإنه يجوز، كذا في "الأسرار"، وهذا ليس بدافع؛ لأن الحديث لم يفصل بين التجزئ وغيره في الانقطاع إلا أن يقال: التجزئ في الإطعام مستند إلى الكتاب، فإنه لم يشترط فيه التتابع أصلاً حتى لو جامع في خلال الإطعام مثلاً لم يجب عليه إعادة ما سبق، والكتاب أقوى، وإن كان دلالة، فعمل به، والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث، فعمل به. [العناية ٣٩٨/٩]

التجارة: بيان لفائدة قيد حاجاً. تنصرف إلخ: فإنه لما مات قبل إتمام العمل صار خروجه بغير الحج، ولو أنه خرج لغير الحج كما إذا خرج تاجراً، فمات في بعض الطريق يحج من منزله، فكتلك ههنا؛ وهذا لأن الخروج بعد الموت قبل أداء الحج انقطع، فالفسخ بدليل قوله عليه السلام: "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا عن ثلاث: علم ينتفع به بعد موته، وولد صالح يدعو له، وصلة جارية بعد موته"، والخروج للحج ليس من الثلاث.

ما قررناه: أراد به قوله قبل هذا: ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده يحج ركباً؛ لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده إلخ. [الكفاية ٣٩٨/٩] الواجب الذي وجب: وهو الحج من بلده، وفي كتاب "نكت الوصايا": فإن كان للرجل أوطان شتى، فإن كان مات في بعض الأوطان يحج من ذلك الوطن، وإن مات في الطريق يحج من أقرب الأوطان إلى مكة. [البنية ٤٦٠/١٣]

باب الوصية للأقارب وغيرهم

قال: ^{القدوري} وَمَنْ أَوْصَى لَجِيرَانِهِ، فَهُمْ الْمَلِصِقُونَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله، وَقَالَا: هُم الْمَلِصِقُونَ وَغَيْرُهُمْ مِمَّنْ يَسْكُنُ مَحَلَّةَ الْمَوْصِي، وَيَجْمَعُهُمْ مَسْجِدُ الْحَلَةِ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَقَوْلُهُ قِيَاسٌ؛ لِأَنَّ الْجَارَ مِنَ الْمَجَاوِرَةِ، وَهِيَ الْمَلِصِقَةُ حَقِيقَةً، وَلِهَذَا يَسْتَحِقُّ الشَّفْعَةَ بِهَذَا الْجَوَارِ، وَلِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ صَرْفُهُ إِلَى الْجَمِيعِ يُصْرَفُ إِلَى أَحْصَى الْخُصُوصِ، وَهُوَ الْمَلِصِقُ. ^{جوار الملائق} وَجِهَ اسْتِحْسَانُهُ: أَنَّ هَؤُلَاءِ كُلَّهُمْ يُسَمَّوْنَ جِيرَانًا عَرَفَاءَ، وَقَدْ تَأَيَّدَ بِقَوْلِهِ رحمته الله: "لَا صَلَاةَ لَجَارِ الْمَسْجِدِ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ"، * وَفَسَّرَهُ بِكُلِّ مَنْ سَمِعَ النِّدَاءَ،

باب الوصية إلخ: آخر هذا الباب عما تقدمه؛ لأنه ذكر في هذا الباب أحكام الوصية لقوم مخصوصين، وذكر فيما تقدمه أحكام الوصايا على وجه العموم، والخصوص أبداً يتلو العموم كذا في الشروح. [تأنيذ الأفكار ٣٩٩/٩] وَمَنْ أَوْصَى لَجِيرَانِهِ إلخ: كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب نظراً إلى ترجمة الباب، ويجوز أن يقال: الواو لا تدل على الترتيب. [التأنيذ ٣٩٩/٩] الْمَلِصِقُونَ: من داره، قربت الأبواب أو بعدت. ولهذا: أي ولكون الجار هو للملائق وغيرهم. (البناءة) لَمَّا تَعَذَّرَ صَرْفُهُ إلخ: يعني لعدم دخول جار الحلة، وجار القرية، وجار الأرض صرف إلى أَحْصَى الْخُصُوصِ، وَهُوَ الْمَلِصِقُ. [التأنيذ ٤٠٠/٩] أَنَّ هَؤُلَاءِ: [أي الملائقون وغيرهم. (البناءة)] إلخ: يعني أن الموصي قصد به من يخالطه ويقرب منه، وفي هذا المعنى يستوي الملائق وغيره؛ لأن كل واحد ممن جمعهم مسجد واحد يسمى صاحبه جاراً عرفاً، فوجب حمل الاسم عليه.

* روي من حديث أبي هريرة، ومن حديث عائشة رحمتهما الله. [نصب الرأفة ٤١٢/٤] فحديث أبي هريرة: أخرجه الدارقطني في "سننه" عن سليمان بن داود اليماني عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: "لَا صَلَاةَ لَجَارِ الْمَسْجِدِ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ". [رقم: ١٥٣٨، ٣٢٤/١، كتاب الصلاة] قال ابن القطان في كتابه: وسليمان داود اليماني المعروف بأبي الجمل ضعيف، وعامة ما يرويه بهذا الإسناد لا يتابع عليه. [نصب الرأفة ٤١٣/٤] قلت: رواه البيهقي في "المعرفة" من طريق الشافعي أنه بلغه عن هشيم وغيره عن أبي حيان التيمي عن أبيه قراته عن علي بن أبي طالب رحمته الله أنه قال: "لَا صَلَاةَ لَجَارِ الْمَسْجِدِ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ"، قيل: ومن جار المسجد؟ قال: "من أسمعته المنادي". [البناءة ٤٦٢/١٣]

ولأن المقصد برَّ الجيران واستجابته ينتظم الملاصق وغيره، إلا أنه لا بد من الاختلاط، وذلك عند اتحاد المسجد، وما قاله الشافعي رحمه الله: الجوار إلى أربعين داراً بعيداً، وما يروى فيه ضعيف، * قالوا: المشايع ويستوي فيه الساكن والمالك، والذكور باعتبار العرف والأنثى، والمسلم والذمي؛ لأن اسم الجار يتناولهم، ويدخل فيه العبد الساكن عنده؛ لإطلاقه، ولا يدخل عندهما؛ لأن الوصية له وصية لمولاه، وهو غير ساكن الإمام.
قال: ومن أوصى لأصهاره: فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته؛ القُدوري

المقصد: أي المقصود من وصية الشخص لجيرانه وحول إحسانه إليهم. [البنية ١٣/٤٦٢-٤٦٣] عند اتحاد المسجد: قيل: حتى لو كان في المحلة مسجداً صغيران متقاربان، فالجميع جيران. (العناية ضعيف: وقد طعن في روايته. [العناية ٩/٤٠٠] فيه: أي فيما أوصى به رجل فحيرانه. [البنية ١٣/٤٦٣] والذمي: أقول: ينبغي على قول محمد رحمه الله: أن لا يدخل الذمي؛ لأن المسجد لا يضمه، إلا إذا أريد باتحاد المسجد سماع الأذان. [العناية ٩/٤٠١] فيه: فيما أوصى به لجيرانه. [البنية ١٣/٤٦٤] لإطلاقه: أي لإطلاق اسم الجار على المملوك وغيره. (البنية) ولا يدخل عندهما إلخ: وفي "الزيادات" و"الحيط": ولا يدخل فيه العبد، والإماء، والمذنبون، وأمهات الأولاد؛ لأنهم لا جوار لهم؛ لأنهم أتباع في السكنى من غير ذكر خلاف، والأرملة تدخل؛ لأن سكنائها مضاف إليهم، والتي هي ذات بعل لا تدخل؛ لأن سكنائها غير مضاف إليها، فلم تكن جاراً حقيقة. [الكفاية ٩/٤٠٠]

* روي مسنداً ومرسلاً، فالمسند فيه عن كعب بن مالك، وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهن. [نصب الراية ٤/٤١٣] فحديث كعب: أخرجه الطبراني في "الكبير" عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك عن أبيه قال: أتى النبي ﷺ رجل، فقال: يا رسول الله! إني نزلت محلة بني فلان، وإن أشدهم لي أذى أقربهم لي جواراً فبعث النبي ﷺ أبا بكر وعمر وعلياً أن يأتوا باب المسجد، فيقوموا عليه فيصيحوا، ألا أن أربعين داراً جوار، ولا يدخل اللجنة من خاف جاره بوائقه، قيل للزهري: أربعين داراً، قال: أربعين هكذا، وأربعين هكذا. وفيه يوسف بن السفر أبو الفيض فيه مقال. [رقم: ١٤٣، ٣٧/١٩]

لما روي "أن النبي ﷺ لما تزوج صفية أعتق كلَّ مَنْ ملك من ذي رحم محرم منها إكراماً لها"،* وكانوا يسمّون أصهار النبي ﷺ، وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة رحمهما، وكذا يدخل فيه كلُّ ذي رحم محرم من زوجة أبيه، وزوجة ابنه، وزوجة كل ذي رحم محرم منه؛ لأن الكل أصهار،

لما تزوج صفية إلخ: هذا من مسامحات صاحب "الهداية"، والصواب جويرية، وكان اسمها برة، فسمّاها ﷺ جويرية؛ لأنه يكره أن يقال: خرج من بيت برة، وقصتها: أن جويرية بنت الحارث من بني المصطلق وقعت في سهم ثابت بن قيس، فكتبها على ما لا طاقة لها به، فأدى رسول الله ﷺ لما جاءت سائلة في كتابتها، وتزوجها، فسمع الناس أنه ﷺ قد تزوج جويرية، فأرسلوا ما بأيديهم يعني من السبي، فأعتقوهم، وقالوا: أصهار رسول الله ﷺ، قالت عائشة رضي الله عنها: فما رأينا امرأة كانت أعظم بركة على قومها من جويرية أعتق في سببها مائة أهل بيت من بني المصطلق كذا رواه أبو دوداد في "سننه" عن عائشة رضي الله عنها وغيره.

وهذا التفسير إلخ: وإنما قال: وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة؛ لأن الصهر في اللغة يجيء بمعنى الختن أيضاً، قال الأتراري: قول محمد ﷺ حجة في اللغة استشهد بقوله أبو عبيد في غريب الحديث. (البنية) لأن الكل أصهار: لما مر من حديث جويرية. [البنية ٤٦٥/١٣]

* هكذا في الكتاب: صفية، وهو وهم وصوابه جويرية، أخرجه أبو داود في سننه في العتاق عن محمد بن إسحاق عن محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة قالت: وقعت جويرية بنت الحارث بن المصطلق في سهم ثابت بن قيس بن شماس، أو ابن عم له، فكتب على نفسها وكانت امرأة ملاحه تأخذ العين، قالت عائشة رضي الله عنها: فجاءت تسأل رسول الله ﷺ في كتابتها، فلما قالت على الباب فرأيتها كرهت مكانها، وعرفت أن رسول الله ﷺ سرى منها مثل الذي رأيت، فقالت: يا رسول الله! أنا جويرية بنت الحارث، وإنما كان من أمري ما لا يخفى عليك، وإني وقعت في سهم ثابت بن قيس بن شماس، وإني كتبت على نفسي فجئتك أسألك في كتابتي فقال رسول الله ﷺ: "فهل لك ما هو خير منه" قالت: وما هو يا رسول الله؟ قال: "أودي عنك كتابتك"، وأتزوجك قالت: قد فعلت، قالت: فسمع - تعني الناس - أن رسول الله ﷺ قد تزوج جويرية فأرسلوا ما في أيديهم من السبي فأعتقوهم، وقالوا: أصهار رسول الله ﷺ فما رأينا امرأة كانت أعظم بركة على قومها منها أعتق في سببها مائة أهل بيت من بني المصطلق. [رقم: ٣٩٣١، باب في بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة]

ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه، أو في عِدَّتِهِ من طلاق رجعي، فالصهرُ يستحق الوصية، وإن كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها؛ لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح، وهو شرط عند الموت. قال: ^{القدوري} ومن أوصى لأختانه: فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه، وكذا محارم الأزواج؛ لأن الكل يسمى ختنًا، قيل: هذا في عرفهم، وفي عرفنا: لا يتناول الأزواج المحارم، ويستوي فيه الحر والعبد، والأقرب والأبعد؛ لأن اللفظ يتناول الكل. قال: ^{القدوري} ومن أوصى لأقاربه: فهي للأقرب، ^{أهل الكوفة} ^{الأختان} الوصية

ولو مات الموصي إلخ: قال فخر الإسلام: ومن شرط بقاء هذا الاسم أن يموت الموصي، وهن نساؤه، أو في عدة منه من طلاق رجعي، فأما بعد البينونة، فينقطع المصاهرة، وإنما يعتبر يوم الموت يعني أن المرأة إذا كانت معتدة من طلاق رجعي يستحق أقرباء المرأة الوصية باسم الصهر، وإذا كانت مبانة يوم موته لا يستحقونها؛ لانقطاع المصاهرة بالإبانة، وعدم الانقطاع فيما لم تكن مبانة.

لا يستحقها: يعني وإن ورثت منه بأن يكون الطلاق في المرض. (العناية) فالوصية لزوج إلخ: يعني أن الأختان تطلق على أزواج المحارم كزوج البنت والأخت والعمة والخالة، وعلى غيرها، وعلى محارم الأزواج، فيكون كل ذي رحم محرم من أزواج المحارم من الذكر والأنثى، كلهم في قسمة الثلث سواء. [العناية ٤٠١/٩]

كل ذات إلخ: كل امرأة ذات رحم محرم للموصي، فزوجها من أختانه، وكل ذي رحم محرم من زوجها من ذكر، أو أنثى فهو أيضاً من أختانه، وقال محمد في "إملائه": إذا قال: قد أوصيت لأختاني بثلث مالي، فأختانه أزواج كل ذات رحم محرم منه، وكل ذي رحم محرم من الزوج، فهؤلاء أختانه، فإن كانت له بنت، وبنت أخت، وخالة، ولكل واحد منهن زوج، ولزوج كل واحدة منهن أرحام، فكلهم جميعاً أختانه.

الأزواج المحارم: لأن أزواج المحارم لا يسمون أختاناً، وفي عرفهم يسمى الكل أختاناً. [البنية ٤٦٦/١٣] ومن أوصى إلخ: حاصله: أن عند أبي حنيفة رحمته في هذه المسألة ستة أشياء: أحدها: أن يكون المستحق بهذا اللفظ ذا رحم من الموصي، والثاني: أن ذلك لا يتفاوت من قبل الآباء والأمهات، والثالث: يجب أن يكون ممن لا يرثه، والرابع: أن يقدم الأقرب فالأقرب، والخامس: أن يكون المستحق به اثنين فصاعداً، والسادس: أن لا يدخل فيه الوالد والولد، ويدخل فيه الجد وولد الولد في ظاهر الرواية، روى الحسن عن

أبي حنيفة رحمته، وهلال عن أبي يوسف رحمته أنه لا يدخل. [الكفاية ٤٠١/٩]

فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه، ولا يدخل فيه الولدان والولد، ويكون ذلك للاثنين فصاعداً، وهذا عند أبي حنيفة رحمته، وقال صاحبه: الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام، وهو أول أب أسلم، أو أول أب أدرك الإسلام، وإن لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ رحمهم. وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب، فإنه أدرك الإسلام، ولم يسلم. لهما: أن القريب مشتق من القرابة، فيكون اسماً لمن قامت به، فيتظم بحقيقته مواضع الخلاف. وله: أن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث يُعتبر الأقرب فالأقرب، والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان، فكذا في الوصية، والمقصد من هذه الوصية تلافي ما فرط في إقامة واجب الصلة، وهو يختص بذوي الرحم المحرم منه،

فالأقرب: من جهة الأب أو الأم. (العناية) للاثنين: والذكر والأنثى سواء. لكل من ينسب إلخ: يعني لجميع قرابته من قبل الرجال والنساء إلى أقصى أب له في الإسلام؛ لأن الطرفين جميعاً يشتركون في الثلث الأقرب منهم، والأبعد والذكر والأنثى فيه سواء. (البنية) أدرك الإسلام: سواء أسلم أو لا، واختلف المشايخ في اشتراط إسلام أقصى الأب، قيل: يشترط، وقيل: لا يشترط. [البنية ٤٦٧/١٣]

تظهر في أولاد إلخ: يعني أن الموصي إذا كان علوياً، فعلى قول الأول: أقصى الأب علي رحمته، فلا يدخل في الوصية أولاد عقيل وجعفر، وعلى القول الثاني: أقصى الأب أبو طالب؛ لأنه أدرك الإسلام وإن لم يسلم، فيدخل فيه أولاد عقيل وجعفر. [العناية ٤٠٢/٩] مواضع الخلاف: وهو ذو الرحم المحرم والرحم الأبعد. [البنية ٤٦٧/١٣] يعتبر: كما في العصبات وذوي الأرحام.

والمقصد من إلخ: وإنما اعتبر أبو حنيفة رحمته كل ذي رحم محرم؛ لأن الله تعالى أمر بصلة الرحم، ونهي عن قطيعة الرحم، وألحق الوعيد الشديد لمن سعى في قطيعته، وهو قوله تعالى: ﴿أَنْ تَفْسِلُوا فِي الْأَرْضِ وَتَقَطَّعُوا أَرْحَامَكُمْ أُولَئِكَ الَّذِينَ لَعَنَهُمُ اللَّهُ﴾، فإذا كان مأموراً بصلة الرحم، فالظاهر أنه قصد بالوصية صلة الرحم، فانصرفت الوصية إلى من وجب عليه صلتهم، وإنما يجب عليه صلة الرحم المحرم، ولا يجب عليه صلة غيرهم، ألا ترى أنه لا يجب نفقتهم إذا كانوا معسرين، ويجب عليه نفقة ذي الرحم المحرم، فثبت: أن الوصية انصرفت إليهم.

ولا يدخل فيه قرابة الولاد، فإنهم لا يُسمَّون أقرباءً، ومن سَمى والده قريباً كان منه هذه التسمية عقوقاً؛ وهذا لأن القريبَ في عرف اللسان مَنْ يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره، وتقربُ الوالد، والولد بنفسه لا بغيره، ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه، فعنده: يقيد بما ذكرناه، وعندهما: بأقصى الأب في الإسلام، وعند الشافعي ظاهر اللفظ بالله بالأب الأدنى. قال: وإذا أوصى لأقاربه، وله عمَّان وخالان: فالوصية لعمِّه عنده؛ اعتباراً للأقرب كما في الإرث، وعندهما: بينهم أرباعاً؛ إذ هما عمين وخالين لا يعتبران الأقرب، ولو ترك عمَّاً وخالين، فللعم نصفُ الوصية،

ولا يدخل فيه إلخ: من حيث العرف يدل عليه قوله تعالى: ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْأَدْنَى وَالْأَقْرَبِينَ﴾ عطف الأقربين على الوالدين، والعطف يقتضي المغايرة، فلا يكون الوالد قريباً، ولا يكون الولد قريباً أيضاً؛ لأنه يلزم من قرب أحدهما إلى الآخر قرب الآخر إليه، وإلا لا يثبت القرب أصلاً. [البنية ١٣/٤٦٨] ولا معتبر إلخ: جواب إشكال على قولهما: وهو أن يقال: إنهم تساوا في سبب الاستحقاق، وهو اسم القرابة، فوجب التساوي في الاستحقاق أصله إذا أوصى لبني فلان، فأجاب أنه لا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه، فعند أبي حنيفة يقيد بالأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه، وعندهما بأقصى الأب في الإسلام، وعند الشافعي بالله بالأب الأدنى أي يدخل من قرابة الموصي من قبل أبيه وأمه من يجمعه إلى أدنى أب منسوب إليه، ولا يدخل ما وراء الأدنى من قرابته عنده. [الكفاية ٩/٤٠٣]

بما ذكرناه: من الأقرب فالأقرب، فالقيود الخمسة: وهي كونه ذا رحم محرم، واثنين فصاعداً، وذلك ما سوى الوالد، والولد من لا يرث، والأقرب فالأقرب. [البنية ١٣/٤٦٨] وعندهما بأقصى إلخ: وفي "البسوط": كان هذا في زمن محمد ﷺ؛ لأن في زمنه ما كان في أقرباء الإنسان الذين ينسبون إلى أقصى أب له كثرة، وأما في زماننا فيهم كثرة، ولا يمكن إحصائهم، فتصرف الوصية إلى أولاد ابنه وجده، وجد أبيه، وأولاد أمه وجدته وجدة أمه، ولا يصرف إلى أكثر من ذلك. [الكفاية ٩/٤٠١-٤٠٢]

وخالين: وفي قولهما: الثلث بينهم أثلاثاً. [العناية ٩/٤٠٣]

والنصف للخالين؛ لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع، وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث، بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية؛ لأن اللفظ للفرد، ^{وكان عم وخالان} فيُحرز الواحد كلها؛ إذ هو الأقرب، ولو كان له عم واحد: فله نصف الثلث؛ لما بيناه، ^{الوصية} ولو ترك عمًا وعمة، وخالًا وخالة: فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية؛ لاستواء قرابتهما، وهي أقوى، والعمة وإن لم تكن وارثة، فهي مستحقة للوصية كما كان القريب رقيقًا أو كافرًا، وكذا إذا أوصى لذوي قرابته، أو لأقربائه، أو لأنسابائه في جميع ما ذكرنا؛ لأن كل ذلك لفظ جمع، ولو انعدم المحرم: بطلت الوصية؛ لأنها مقيدة بهذا الوصف.

والنصف للخالين: لأن اللفظ جمع، فلا بد من اعتبار الجمع فيه، وهو الاثنان في الوصية على ما عرف، فيضم إلى العم الخالان ليصير جمعًا، فيأخذ النصف؛ لأنه أقرب ويأخذان النصف؛ لعدم من يتقدم عليه. لأنه لا بد إخراج: يعني لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف، فكذا إذا انفرد كان له النصف أيضًا، فكذا إذا انفرد كان له النصف أيضًا. [العناية ٤٠٢/٩] ولو كان: أي فيما إذا أوصى لأقاربه. [البنية ٤٦٩/١٣] فله نصف الثلث: ويرد النصف إلى الورثة؛ لعدم من يستحقه؛ لأن اللفظ جمع، وأدناه في الوصية اثنان، فيكون لكل واحد منهما النصف، فلهذا يعطى له النصف، والنصف الآخر يرد إلى الورثة.

لما بيناه: أراد به قوله: لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان إلى آخره. (البنية) ولو ترك: أي فيما إذا أوصى لأقاربه. [البنية ٤٦٩/١٣] والعمة إخراج: هذا جواب عما يقال: العمة لا تستحق العصوبة وتقوم الأخوات بسببهما، فلم يكن قرابتهما أقرب، وتقرير الجواب: أن العمة وإن لم تكن وارثة في هذه الورثة. (العناية) لأنسابائه: جمع النسيب، وهو القريب كالأنصباء في جمع النسيب. (العناية) ما ذكرنا: يعني من القيود المذكورة على قول أبي حنيفة رحمته خلافًا لهما. [العناية ٤٠٣/٩]

ولو انعدم المحرم إخراج: يعني إن لم يكن للموصي محرم في هذه المسائل بطلت الوصية عند أبي حنيفة رحمته؛ لأن الوصية عنده لذي الرحم، فإذا لم يكن للموصي قريب محرم كانت الوصية للمعلوم وهي باطلة. [البنية ٤٧٠/١٣] بهذا الوصف: لأن غرضه الصلة لأقربائه، وما كان بطريق الصلة يختص بذوي الرحم المحرم كالنفقة. (الكفاية)

قال: ومن أوصى لأهل فلان: فهي على زوجته عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: يتناول كل من يعولهم، وتضمهم نفقته؛ اعتباراً للعرف، وهو مؤيد بالنص، قال الله تعالى: ﴿وَأَتُونِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ﴾. وله: أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى: ﴿وَسَارَ بِأَهْلِهِ﴾، ومنه قولهم: تأهل ببلدة كذا، والمطلق ينصرف إلى الحقيقة. ولو أوصى لآل فلان: فهو لأهل بيته؛ لأن الآل القبيلة التي ينسب إليها، ولو أوصى لأهل بيت فلان: يدخل فيه أبوه وجدّه؛

قال: هذا لم يقع مناسباً؛ لأن عادة المصنف أن يذكر لفظ قال إذا كان المسألة مسألة القدروري، أو الجامع الصغير، أو كانت مذكورة في "البداية"، وهذه مع ما بعدها إلى قوله: ومن أوصى لولد فلان ليست من تلك الجملة، وكل هذه المسائل مذكورة في "مختصر الكرخي". يتناول [ولكن لا يدخل تحت هذه الوصية ممالكه، وإن كان يضمهم بنفقته]. (الكفاية) كل من [من الأحرار] إلخ: الزوجة واليتيم في حجره، والولد إذا كان يعوله، وأما إذا كان كبيراً قد اعتزل عنه، أو كانت بنتاً قد تزوجت، فليس من أهله إنما أهله من ضمته نفقة، وهي في عياله، إلا أن المالك لا يدخلون؛ لأنهم خدام الأهل تبع لهم، ولا يقال للممالك: أهل المولى أيضاً، ولو كان له أهل ببلدين دخلوا جميعاً.

قال الله تعالى: أي في قصة يوسف ﴿وَأَتُونِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ﴾، ولم يرد الزوجة خاصة، فيحمل على الكل. بذلك: فلا يصار إلى غيرها مع إمكان العمل بها. [العناية ٤٠٢/٩]

لأن الآل القبيلة إلخ: فيدخل فيه كل من ينسب إليه من قبل آبائه إلى أقصى أب له في الإسلام الأقرب والأبعد، والذكر والأنثى، والمسلم والكافر، والصغير والكبير فيه سواء، ولا يدخل فيه أولاد البنات وأولاد الأخوات، ولا أحد من قرابة أمه؛ لأنهم ينسبون إليه؛ لأن النسب يعتبر من الآباء. [البنية ٤٧١/١٣]

يدخل فيه إلخ: قال شمس الأئمة السرخسي في "شرح الكافي": إذا أوصى لأهل بيته، فإن كان الموصي من أولاد العباس، فكل من كانت نسبته إلى العباس من قبل الأب دخل فيه، سواء كان ذكراً أو أنثى بعد أن يكونوا منسويين إليه من قبل الآباء، ومن كانت نسبته من قبل الأم لا يدخل فيه؛ لأنه لا يسمى من أهل بيته، وإنما يسمى من أهل بيت آخرين، وكذا الوصية لجنس فلان، أو لحتاجي جنسه؛ =

لأن الأب أصل البيت، ولو أوصى لأهل نسبه: أو لجنسه، فالنسب عبارة عمّن يُنسب إليه، والنسب يكون من جهة الآباء، وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه؛ لأن الإنسان يتجنس بأبيه، بخلاف قرابته، حيث يكون من جانب الأم والأب، ولو أوصى لأيتام بني فلان، أو لعُمَيّاهم، أو لزَمَنَاهم، أو لأراملهم إن كانوا قومًا يُحصون: دخل في الوصية فقراؤهم وأغنيائهم ذكورهم وإناثهم؛ لأنه أمكن تحقيق التمليك في حقهم، والوصية تمليك، وإن كانوا لا يحصون: فالوصية في الفقراء منهم؛

= لأن الجنس وأهل البيت سواء، قال فخر الإسلام في "شرح الزيادات": وكذلك المرأة توصي بجنسها، وأهل بيتها لم يدخل فيه ولدها، إلا أن يكونوا من بني أعمامها.

يتجنس بأبيه: لأن الجنس عبارة عن النسب، والنسب إلى الآباء، ألا ترى أن إبراهيم بن النبي ﷺ كان هاشميًا، وإن كان ولد من مارية، وكذلك الخلفاء ولدوا من الإماء جميعًا، إلا ما شذ، وكانوا عباسين صالحين للخلافة. جانب الأم والأب: فيدخل في الوصية لقراءة كل من الجانبين. [البنية ١٣/٤٧٢]

لأيتام إلخ: فاليتيم اسم لصغير مات أبوه؛ لقول النبي ﷺ: "لا يتم بعد الحلم"، ولأن اليتيم عبارة عن الانفراد، يقال: درة يتيمة أي لا نظير لها منفردة، فمن انفرد عمن يريه في حال حاجته إلى التربية كان يتيماً، وبعد البلوغ فقد استغنى عمن يريه؛ لقدرته على القيام بمصالح نفسه، فلا يسمى يتيماً. [الكفاية ٩/٤٠٤]

أو لأراملهم: في "التهذيب": يقال: للفقير الذي لا يقدر على شيء من رجل، أو امرأة أرمل، ولا يقال للتي لا زوج لها وهي موسرة: أرملة، وقال الشعبي: الأتوثة ليست بشرط، بل يدخل فيه الذكر والأنثى، إلا أن الصحيح ما فسره محمد ﷺ أن الأرملة هي المرأة البالغة التي كان لها زوج فارقتها، أو مات عنها، دخل بها، أو لم يدخل، وقوله حجة في اللغة، وقال بعضهم: الأرملة التي لا زوج لها، ولا يشترط أنه كان لها زوج. (الكفاية) إن كانوا قومًا إلخ: وتفسيره عند أبي يوسف ﷺ أن يحصوا بغير كتاب، وقال محمد ﷺ: إذا كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون، وقال بعضهم: مفوض إلى رأي القاضي، وعليه الفتوى، والأيسر ما قاله محمد ﷺ كذا في "فتاوى قاضيهان". [الكفاية ٩/٤٠٤-٤٠٥] فقراؤهم: فالثلث بينهم بالسوية.

لأن المقصود من الوصية القرية، وهي في سدّ الخلة، وردّ الجوعة، وهذه الأسامي تشعر بتحقيق الحاجة، فجاز حملهُ على الفقراء، بخلاف ما إذا أوصى لشبّان بني فلان وهم لا يحصون، أو لأيامي بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية؛ لأنه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة، فلا يمكن صرفهُ إلى الفقراء، ولا يمكن تصحيحهُ تملكاً في حق الكل؛ للجهالة المتفاحشة، وتعذر الصرف إليهم، وفي الوصية للفقراء والمساكين: يجب الصرفُ إلى اثنين منهم؛ اعتباراً لمعنى الجمع، وأقلّه اثنان في الوصايا على ما مرّ،

تشعر بتحقيق إلخ: أما اليتيم والعمي والزمانة فظاهر، وكذا الأرمال؛ لأنها جمع أرمل، وهي المرأة التي مات زوجها، أو فارقتها وهي فقيرة. [الكفاية ٤٠٥/٩] لشبّان إلخ: في "الكفاية" ناقلاً عن "الإيضاح": أن الشبان من خمسة عشر إلى خمسين سنة، والكهل من ثلاثين سنة إلى آخر عمره، والشيخ ما زاد على خمسين، وفي: "العناية": قال محمد: الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر، والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك، والكهل إذا بلغ أربعين، فزاد عليه، وما بين خمسين إلى ستين إلى أن يغلب الشيب يكون شيخاً.

أو لأيامي: الأيم التي لا زوج لها بكرة كانت أو ثيباً، ورجل أيم أيضاً، وقد آمت أئمة والفقر فيه ليس بلازم، فلذلك صار اسم الأيامى بمنزلة اسم الشبان في أنه لا ينبئ عن الحاجة، فبطلت الوصية فيما إذا كانوا لا يحصون، وفي "الجامع الكبير": والأيم اسم لكل امرأة جومت بركاح جائز، أو فاسد، أو لعجوز لا زوج لها، غنية كانت أو فقيرة، صغيرة كانت أو بالغة، هكذا فسرهُ محمد ﷺ، وقيل: إن الأنوثة ليست بشرط، والجماع ليس بشرط، والصحيح ما فسرهُ محمد ﷺ، كما ذكرنا. [الكفاية ٤٠٥/٩]

وهم لا يحصون إلخ: فيه إشارة إلى أنهم إذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغني والفقير، وهل يدخل الذكر والأنثى في الأيامى دخوله في الأرمال أم لا؟ قال الكرخي: يدخل؛ لأن الأيم هي التي لا زوج لها بكرة كانت أو ثيباً، أو يقال: رجل أيم أيضاً، وقال محمد: الأيم هي الثيب خاصة، وقول المصنف ﷺ: محتمل، والظاهر دخوله؛ لأنه تركه اعتماداً على ما ذكره في الأرمال. [العناية ٤٠٥/٩] ما مر: عن قريب في هذا الباب.

ولو أوصى لبني فلان: يدخل فيه الإناثُ في قول أبي حنيفة رحمته الله أول قوله، وهو قولهما؛ لأن جمع الذكور يتناول الإناثَ، ثم رجع، وقال: يتناول الذكور خاصة؛ لأن حقيقة الاسم للذكور، وانتظامه للإناث تجوز، والكلام لحقيقته، بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسمَ قبيلة، أو فخذٍ حيث يتناول الذكورَ والإناثَ؛ لأنه ليس يراد بها أعيانهم؛ إذ هو مجرد الانتساب كبني آدم، ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالة وحلفاؤهم. قال: ومن أوصى لولد فلان: فالوصية بينهم، والذكر والأنثى فيه سواء؛ القدوري

يدخل [الذكر والأنثى فيه سواء] فيه إلخ: وإنما يدخل الإناث تحت هذه الوصية فيما إذا اختلط الذكور والإناث، وأما إذا انفرد الإناث، فلا شيء لهن بالاتفاق. [الكفاية ٤٠٥/٩-٤٠٦] أو فخذ: والفخذ في العشائر وأقل من البطن، وبيانه: أن العرب على ست طبقات: وهي الشعب، والقبيلة، والعمارة، والبطن، والفخذ، والفصيلة، والشعب يجمع القبائل، والقبيلة تجمع العمارة، والعمارة تجمع البطون، والبطن تجمع الأفخاذ، والفخذ يجمع الفصائل خزيمة شعب، كنانة قبيلة، وقريش عمارة، وقصي بطن، وهاشم فخذ، والعباس فصيلة، وسميت الشعوب؛ لأن القبائل تشعبت منها. [البنية ٤٧٥/١٣]

حيث يتناول إلخ: هذا إذا كانوا يحصون، أما إذا كانوا لا يحصون، فالوصية باطلة كذا في "المبسوط". (الكفاية) ولهذا يدخل فيه إلخ: وذكر في: "الجامع الكبير" شمس الأئمة: وإن كان في بني فلان موالى عتاقة، وموالى أسلموا على أيديهم، ووالوهم وفقراء موالى موالٍ وحليف لهم، وعديدهم يدخلون جميعاً في الوصية يقسم الوصي بين من يقدر عليهم من فقرائهم، والحليف اسم من يأتي قبيلة، فيحلف لهم، فيحلفون له على التناصر، والعديد من يعد نفسه منهم، وهم عدواً ذلك له من غير حلف، وإنما دخل الكل؛ لأن الإيجاب ههنا تعلق بالنسبة إلى القبيلة، وهم في هذه النسبة سواء للتناصر بينهم بهذه الأسباب. [الكفاية ٤٠٦/٩]

سواء: أي في القسمة والاستحقاق، حتى لو كانوا ذكوراً أو إناثاً يقسم بينهم بالسوية، ولو كان الكل إناثاً دخلن تحت الوصية؛ لأن الوصية حصلت باسم الولد، واسم الولد يطلق على الإناث حالة الانفراد كما يطلق على الذكور، ثم في مسألتنا إن لم يكن لفلان إلا ولد واحد كان الثلث كله له، بخلاف ما لو أوصى لأولاد فلان، وله ولد واحد، فإنه يستحق النصف، ووجه الفرق بينهما: أن الأولاد جمع، =

لأن اسم الولد يتنظم الكل انتظاماً واحداً. ومن أوصى لورثة فلان: فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأنه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث، ومن أوصى لمواليه، وله موالٍ أعتقهم، وموالٍ أعتقوه: فالوصية باطلة. وقال الشافعي رحمه الله في بعض كتبه: إن الوصية لهم جميعاً، وذكر في موضع آخر: أنه يوقف حتى يصالحوا. له: أن الاسم يتناولهم؛ لأن كلاً منهم يسمى مولى، فصار كالإخوة.

= وأقل الجمع في باب الوصية والميراث اثنان، فكان للواحد النصف كما لو أوصى لأقربائه، وله عم واحد كان له النصف، وأما الولد، فليس باسم جمع، وإنما هو اسم جنس، ومطلق اسم الجنس يطلق على أدنى ما يطلق عليه الاسم كما لو حلف لا يشرب الماء، ولا يتزوج النساء حيث يحث بشرب قطرة، ونكاح واحدة، وإذا أوصى لأولاد فلان، وليس لفلان أولاد صلبية يدخل في الوصية أولاد البنين، وهل يدخل أولاد البنات فيه روايتان. [الكفاية ٤٠٦/٩]

الكل: أي كل واحد من الذكر والأنثى. فالوصية بينهم إتح: هذا إذا مات الموصي لورثته، ثم مات الموصي، أما لو مات الموصي قبل أن يموت الموصي لورثته، فالوصية باطلة. [الكفاية ٤٠٦/٩] ومن أوصى: هذه من مسائل "الجامع الكبير" ذكرها تقريباً على مسألة "القدوري". [البنية ٤٧٦/١٣] فالوصية باطلة [حتى يبين لأي الفريقين أوصى، ولو مات قبل البيان لا يتنفذ وصيته]: مبناه على جواز عموم المشترك، وعدم جوازه، والشافعي رحمه الله يميز ذلك، فأجاز هذا، وأصحابنا ما جوزوه، وكذلك هذا. [العناية ٤٠٦/٩] حتى يصالحوا: أي حتى يصطلحوا على أن الثلث بينهما، فإذا اصطلحا على ذلك جازت الوصية، وكان الثلث بين الفريقين، فإن بطلان الوصية قبل الاصطلاح لمكان الجهالة؛ إذ لا يدري من المستحق للثلث، فقد زالت الجهالة بالاصطلاح؛ لأن بعضه يصل إلى المستحق، وبعضه إلى غير المستحق برضا المستحق، فيصح الوصية، وجوابه: أن الإيضاء ابتداءً تمليك من الجهول، فلا يلغو، فلا يصير ملكاً لأحد الفريقين، فيبقى الملك على ملك الموصي، وانتقل بموته إلى ورثته، فلا يكون للموالي عليه سبيل وإن اصطلحوا. فصار كالإخوة: يعني إذا أوصى لإخوة فلان، فإنه يصح، ويدخل فيه الأخ لأب وأم، والأخ لأم والأخ لأب؛ لأن الكل يسمى أخاً لفلان، فكذا ينبغي أن يدخل ههنا المولى الأعلى والمولى الأسفل؛ لأن كلاً منهما يسمى مولى، وهذه رواية عن أبي حنيفة رحمه الله. [الكفاية ٤٠٦/٩]

ولنا: أن الجهات مختلفة؛ لأن أحدهما يسمى مولى النعمة، والآخر منعم عليه،
فصار مشتركاً، فلا ينتظمها لفظ واحد في موضع الإثبات، بخلاف ما إذا حلف
لا يكلم موالي فلان، حيث يتناول الأعلى والأسفل؛ لأنه مقام النفي، ولا تنافي فيه.
ويدخل في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض، ولا يدخل مدبروه وأمهاث
أولاده؛ لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت، والوصية تضاف إلى حالة الموت، فلا بد
من تحقق الاسم قبله. وعن أبي يوسف رحمته الله: أنهم يدخلون؛ لأن سب الاستحقاق
لازم، ويدخل فيه عبداً، قال له مولاه: إن لم أضربك، فأنت حر؛ لأن العتق يثبت
قيل الموت عند تحقق عجزه، ولو كان له موال وأولاد موال، وموالي موالاة:
الموت الإيصاء لمواليه ثابت مستقر بالإجماع من الضرب

أن الجهات مختلفة: لأن للمولى الأعلى منعم، والمولى الأسفل منعم عليه، بخلاف الإخوة؛ لأن اسم الأخ يطلق
على كل واحد بمعنى واحد، وهو المتفرع من أصله، فصار الاسم عاماً لا مشتركاً. [الكفاية ٤٠٦/٩]
مشتركاً؛ إذ لا عموم للمشترك. فلا ينتظمهما: ولا ترجيح للبعض على البعض، فبقي مجهول المراد
لا يدري أن المراد أيهما. الإثبات: احتراز به عن موضع النفي. (البنية) النفي: وللمشترك عموم في موضع
النفي. الوصية: أي فيما إذا أوصى لمواليه. [البنية ٤٧٨/١٣]

لأن عتق هؤلاء إلخ: لأن المتوقف على الشيء لا بالعلية يعقبه وجوداً، والوصية تضاف إلى حالة الموت؛
لأنها أخت الميراث، والميراث كذلك، فلا بد من تحقيق اسم المولى قبل الموت، ولم يوجد فيهما. (العناية)
وعن أبي يوسف إلخ: والأصح الأول؛ لأنهم لا ينسبون إليه بالولاء بنفس الاستحقاق، بل بالإحياء
الحاصل بالعتق، وذلك إنما يكون بعد الموت. [العناية ٤٠٧/٩] يدخلون: أي المدبرون وأمهاث الأولاد.

حر: فمات قبل أن يضربه عتق قبل موته، ودخل في الوصية؛ لأنه من مواليه. (البنية) قيل الموت: أي في
آخر جزء من أجزاء الحياة لتحقق عدم الضرب منه في تلك الحالة، ووقوع اليأس من حصوله. [البنية ٤٧٨/١٣]
وموالي موالاة: أسلموا على يديه ووالوه.

يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالى الموالاة، وعن أبي يوسف رحمته الله: أنهم يدخلون أيضاً، والكل شركاء؛ لأن الاسم يتناولهم على السواء. ومحمد رحمته الله يقول: الجهة مختلفة في المعتق الإنعام، وفي الموالى عقد الالتزام، والإعتاق لازم، فكان الاسم له أحق، ولا يدخل فيهم موالى الموالى؛ لأنهم موالى غيره حقيقة، بخلاف موالىه المعتق الموصي وأولادهم؛ لأنهم ينسبون إليه بإعتاق وجد منه، وبخلاف ما إذا لم يكن له موالى، ولا أولاد الموالى؛ لأن اللفظ لهم مجاز، فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة، ولو كان أولاد موالى عتاقه لفظ الموالى لموالى الموالى اللفظ الموصي له معتق واحد وموالى الموالى: فالنصف لمعتقه، والباقي للورثة؛

وأولادهم: وإنما دخلت أولاد الموالى في الوصية؛ لأنهم موالىه أيضاً بطريق الحقيقة؛ لأن ولاءهم يثبت بإعتاق الموصي أيهم، فكانوا موالىه حقيقة، وولاء أولاد الموالى يثبت أيضاً بعين ذلك الإعتاق لا بسبب آخر، فكانوا موالىه أيضاً حقيقة، ولهذا لا يجوز نفى أولاد الموالى، ولا يصح أن يقال: ليس هؤلاء موالى له، بخلاف ما إذا أوصى لبني فلان، ولفلان بنون، وأولادهم تكون الوصية لهم دون أولادهم؛ لأنهم أولاد بطريق المجاز، ولهذا يصح النفي، بأن يقال: ليس هؤلاء ولده.

على السواء: لأنه باشر سبب ولاء كل. (البنية) والإعتاق لازم: هذا جواب عما يقال: لما كانت الجهة مختلفة في المعتقين، وموالى الموالاة في أحدهما الإنعام، وفي الآخر عقد الالتزام كان ينبغي أن يبطل الوصية فأجاب بقوله: والإعتاق لازم لا يحتمل الفسخ. (البنية) أحق: من مولى الموالاة. [البنية ٤٧٩/١٣]

ولا يدخل فيهم إلخ: أي لا يدخل موالى الموالى في الوصية للموالى؛ لأن موالى الموالى ليسوا موالى الموصي حقيقة، وهو الذي باشر إعتاقه، وإنما أضيفوا إليه بطريق التسيب مجازاً؛ لأنه باشر سبب ما هو سبب ولائهم، وهو إعتاقه للموالى الأولين، ولهذا يصح نفى الاسم عنهم بأن يقال: هؤلاء ليسوا بموالىه، وإنما هم موالى موالىه، واللفظ إذا عمل بحقيقته لا ينصرف إلى المجاز.

لأنهم: أي لأن موالى الموصي وأولادهم. لم يكن: تكون الوصية لموالى الموالى. [البنية ٤٧٩/١٣] معتق واحد: فيما إذا أوصى لموالىه. للورثة: أي لا لموالى الموالى.

لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز، ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه، أو أبوه؛ لأنهم ليسوا بمواليه لا حقيقةً ولا مجازاً، وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة، بخلاف معتق البعض؛ لأنه ينسب إليه بالولاء، والله أعلم بالصواب.

ولا يدخل فيه إلخ: هكذا وجدت في بعض النسخ الصحاح التي يعتمد عليها، ووجد صاحب غاية البيان هكذا: ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه؛ لأنهم إلخ، وأما صاحب: "العناية" و"الكفاية"، فلم يجدا هذه النسخة، ولا تلك، بل وجدا هكذا، ولا يدخل فيه موال أعتقهم؛ لأنهم ليسوا إلخ، ثم تعقباه، وقال: هكذا وقع في النسخ، ولكن الصواب: أعتقهم أبوه، أو ابنه، فإن التعليل يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب كما لا يخفى، فتدبر. وإنما يحرز: جواب إشكال، وهو أن يقال: الموصي يرث من موال أبيه، أو ابنه، والإرث بحكم الولاء، وإليه أشار الحديث: "الولاء لحمه كلحمه النسب"، فأجاب بقوله: وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة لا لانتقال الولاء إليه.

بخلاف إلخ: يرتبط بقوله: ولا يدخل فيه موال قد أعتقهم ابنه يعني أن معتق البعض يدخل تحت الوصية للموالي؛ لأنه مولاه حقيقة، بخلاف موال الابن؛ لأنهم ليسوا بمواليه أصلاً، ولكن ينبغي أن يكون هذا على مذهبهما؛ لأن معتق البعض عند أبي حنيفة رحمته الله كالمكاتب، والمكاتب لا يدخل تحت الوصية للموالي، فكذا معتق البعض، فعن هذا غير بعضهم لفظ الكتاب، وقال: بخلاف معتق المعتق يعني أن معتق المعتق يدخل تحت الوصية للموالي إذا لم يكن للموالي ولاء أولادهم؛ لأن ولاء المعتق ينسب إلى الموصي مجازاً، بخلاف معتق الابن، فإنه لا ينسب إليه لا حقيقة، ولا مجازاً. **بخلاف:** هكذا وقع في النسخ، لكن ليس هو بصواب، وإنما الصواب أن يقال: بخلاف معتق المعتق؛ لأنه ينسب إليه بالولاء. [الكفاية ٩/٤٠٩]

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال: وتجوز الوصية بخدمة عبده، وسكنى داره سنين معلومة، وتجوز بذلك أبدأ؛
^{القدوري}
 لأن المنافع يصح تملكها في حالة الحياة ببدل، وغير بدل، فكذا بعد الممات؛ ^{كما في الإجارة} ^{كما في العارية} لحاجته
 كما في الأعيان. ويكون مجبوساً على ملكه في حق المنفعة، حتى يملكها الموصى له
^{العبد أو الدار} ^{الموصي}
 على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف، وتجوز
^{هذه الوصية}
 مؤقتاً ومؤبداً، كما في العارية، فإنها تملك على أصلنا، بخلاف الميراث؛

باب الوصية إلخ: لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة
 بالمنافع، وأخر هذا الباب؛ لما أن المنافع بعد الأعيان وجوداً، فأخرها عنها وضعاً. [العناية ٤٠٩/٩]
 وتجوز الوصية إلخ: هذا عندنا، وعند ابن أبي ليلى: لا يجوز شيء من ذلك مؤقتاً، ولا غير مؤقت؛ لأن
 المنافع الحاصلة بعد موته ليست بمملوكة، فلا يصح تملكها غيره، ولكننا نقول: المنافع يحتمل التملك ببدل
 كما في الإجارة، وبغير بدل كما في الإعارة في حالة الحياة، فكذا بعد الممات لحاجته كما في الأعيان، فإن
 الأعيان يصح تملكها في حالة الحياة ببدل، وبغير بدل كالبيع والهبة، فكذا بعد الممات يصح تملكها ببدل،
 بأن أوصى بأن يباع عبده، أو لغير بدل بأن أوصى بعبده لفلان؛ وهذا لأن الموصي يبقى العين على ملكه
 حيث يجعله مشغولاً بتصرفه موقوفاً على حاجته، فإنما يحدث المنفعة على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه
 منفعة الوقف على حكم ملك الواقف. [الكفاية ٤٠٩/٩ - ٤١٠]

لحاجته: وهي تلافي بعض ما فرط منه من التفريط. (البنية) في الأعيان: أي كما يصح تملك المنافع
 في الحياة في الأعيان نحو الإجارة والإعارة. (البنية) حق المنفعة: لا في حق الرقبة، فإنها ملك الورثة.
 مؤقتاً: بأن عين مؤقتاً من الأيام أو الأشهر أو السنين. (البنية) في العارية: فإنها تجوز مؤقتة بوقت، ويجوز
 بغير وقت. [البنية ٤٨٢/١٣] فإنها: أي العارية تملك المنافع على أصلنا، وعند الشافعي ^{رحمته} بإباحة
 المنافع. [الكفاية ٤١٠/٩]

لأنه خلافة فيما يملكه المورث، وذلك في عين تبقى، والمنفعة عرض لا يبقى، وكذا الوصية بغلة العبد والدار؛ لأنه بدل المنفعة، فأخذ حكمها، والمعنى يشملهما. قال: فإن خرجت رقبة العبد من الثلث: يُسَلَّم إليه ليخدمه؛ لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة. وإن كان لا مال له غيره: خدم الورثة يومين، والموصى له يوماً؛ لأن حقه في الثلث، وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين، ولا تمكن قسمة العبد أجزاء؛ ^{الموصى له} ^{الورثة}

لأنه خلافة إلخ: فالإرث لا يجري في الخدمة بدون الرقبة؛ لأن الوراثة خلافة، وتفسيرها: أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكاً للمورث، وهذا يتصور فيما يبقى بوقتين، والمنفعة لا تبقى بوقتين، فأما الوصية، فيجيب ملك بالعقد كالإجارة والإعارة. [الكفاية ٩/٤١٠] وذلك إلخ: أي الخلافة تتصور في عين تبقى، بخلاف إيجاب الملك وإحداثه، فإنه يتصور فيما لا يبقى.

بغلة: الغلة كل ما يجعل من ريع الأرض، أو كرائها، أو أجرة غلام، أو نحو ذلك. والمعنى: وهي حاجة الموصى. (الكفاية) فإن خرجت [أو لم تخرج، ولكن أجازت الورثة. (العناية ٩/٤١٠)] رقبة إلخ: وفي "الإيضاح": ينظر إلى الأعيان التي أوصى بها، فإن كان رقباً مقدار الثلث جاز، ولا تعتبر قيمة الخدمة والخدمة والغلة والسكنى، وإنما اعتبر الأعيان دون المنافع؛ لأن المقصود من الأعيان منافعها، فإذا صارت المنافع مستحقة من غير توقيت، وبقي العين على ملك الوارث صار بمنزلة العين التي لا منفعة لها، فلهذا تعتبر قيمة الرقبة كان الوصية وقعت بالرقبة. [الكفاية ٩/٤١٠-٤١١]

خدم الورثة يومين إلخ: أي ابتداء إذا كانت الوصية بخدمة العبد مطلقة غير مؤقتة، وأما إذا أوصى بخدمة عبده سنين من غير تعيين السنة، وليس له مال غير العبد، ولم تجز الورثة، فإن العبد يخدم الموصى له يوماً، والورثة يومين إلى ثلاث سنين، فإذا مضى ثلاث سنين، ثم وصية للموصى له بالخدمة، وإن كان الوصية بخدمة سنة بعينها، ومات قبل دخول تلك السنة، فإن كان العبد يخرج من ثلث ماله، أو لا يخرج، ولكن أجازت الورثة، فإنه يسلم العبد إلى الموصى له حتى يستوفي وصيته، وإن كان لا يخرج، ولم تجز الورثة، فإن العبد يخدم الموصى له يوماً، والورثة يومين حتى تمضي السنة التي عليها، فإذا مضت يسلم العبد للورثة. [الكفاية ٩/٤١٠] الوصية في العين: أي كما أنهم يقسمون مع الموصى له بالثلث والثلثين فيما إذا أوصى بثلث في عين، ولا مال له غيره. [البنية ١٣/٤٨٣]

لأنه لا يتجزأ، فصرنا إلى **المهاياة** إيفاء للحقين، بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث، حيث تُقسَم عينُ الدار أثلاثاً للانتفاع؛ لأنه يمكن القسمة بالأجزاء، وهو **أعدل** للتسوية بينهما زماناً وذاتاً، وفي **المهاياة** تقدّم أحدهما زماناً. ولو اقتسموا الدارَ **مهاياة** من حيث الزمان تجوز أيضاً؛ لأن الحقَّ لهم إلا أن **الأول**، وهو **الأعدل** **أولى**، وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار، وعن أبي يوسف رحمته الله: أن لهم ذلك؛ لأنه **خالصٌ ملكهم**. وجه الظاهر: أن حق الموصى البيع ما في أيديهم له ثابت في سكنى جميع الدار، بأن ظهر للميت مال آخر، وتخرج الدار من الثلث، وكذا بالسكنى له حقُّ **المزاحمة** فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده، والبيع يتضمن إبطال ذلك، فمنعوا الموصى له مع الورثة للموصى له حق المزاحمة الورثة عنه. قال: فإن مات الموصى له: عاد إلى الورثة؛ لأن الموصى أوجب الحقَّ للموصى البيع القدوري له؛ ليستوفي المنافع على حكم ملكه، فلو انتقل إلى وارث الموصى له: استحقها ابتداءً الموصى الحق المنافع

المهاياة: المشار به في المدة من حيث الزمان. [البنية ٤٨٤/١٣] الثلث: بأن لا مال له غيرها. وهو **أعدل** إلخ: أي هذا النوع من القسمة أقرب إلى المعادلة؛ لأنه يحصل التسوية بين الموصى له والورثة زماناً وذاتاً، وفي **المهاياة** يلزم تقدم أحدهما على الآخر زماناً، فلا يصار إليها إلا عند تعذر القسمة بالأجزاء، ولكن مع هذا لو تمايزا في القسمة من حيث الزمان تجوز أيضاً إلخ. اقتسموا: أي الورثة والموصى له. لأن: أي لأن المعادلة في الزمان حقهم، فإذا أسقطوها جاز. **الأول**: أي قسمة الدار أجزاء. **أولى**: لما ذكرنا أن كل واحد يستوفي نصيبه في الوقت الذي يستوفيه صاحبه. [البنية ٤٨٤/١٣] **ملكهم**: فينفذ بيعهم فيه. مات الموصى له: أي بعد موت الموصى. عاد: أي الموصى به، وهو خدمة العبد وغلته، وسكنى الدار وغلته إلى ورثة الموصى، لا إلى ورثة الموصى له. ابتداءً: لما تقدم أن الميراث خلافة فيما يملكه المورث. [العناية ٤١١/٩]

من ملك الموصى من غير مرضاته، وذلك لا يجوز. ولو مات الموصى له في حياة الموصى: بطلت؛ لأن إيجابها تعلّق بالموت على ما بيناه من قبل، ولو أوصى بغلة عبده، أو داره، فاستخدمه بنفسه، أو سكنها بنفسه، قيل: يجوز ذلك؛ لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود، والأصح: أنه لا يجوز؛ لأن الغلة دراهم أو دنانير، وقد وجبت الوصية بها، وهذا استيفاء المنافع، وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة، فإنه لو ظهر دَيْنٌ يمكنهم أدائه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها، ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها، وليس للموصى له بالخدمة، والسكنى أن يؤجر العبد أو الدار، وقال الشافعي رحمته الله: له ذلك؛ لأنه بالوصية ملك المنفعة، فيملك تمليكها من غيره ببدل، أو غير بدل؛ لأنها كالأعيان عنده، بخلاف العارية؛ لأنها إباحة على أصله، وليس بتمليك.

وذلك: أي استحقاق الملك من غير مرضات المالك. (العناية) لأن إيجابها إلخ: أي لأن إيجاب الوصية يكون بعد الموت؛ لأنه متعلق بوجود الموت، فإذا مات الموصى له لم يصح الإيجاب كما لا يصح إيجاب البائع للمشتري بعد موته. على ما بيناه إلخ: أي في فصل اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز الإقرار وبطلان الوصية بقوله: بخلاف الوصية؛ لأنها إيجاب عند الموت. [العناية ٤١١/٩]

ولو أوصى إلخ: هذه المسألة مع ما بعدها إلى قوله: قال: ومن أوصى لآخر بشمرة بستانه ذكرت تفريعاً على مسألة "المختصر". قيل: القائل: أبو بكر الإسكاف. (البنية) المقصود: وهو الانتفاع بالعبد والدار. [الكفاية ٤١١/٩] وهذا: أي الاستخدام بنفسه والسكنى بنفسه. [البنية ٤٨٥/١٣]

فإنه لو ظهر إلخ: أي لو ظهر على الميت دين يقضى الدين من تلك الغلة، ولو سكن هو بنفسه لا يمكن أن يقضى من السكنى. بخلاف العارية: حيث لا يجوز. [البنية ٤٨٦/١٣] وليس بتمليك: ولهذا لا يملك المستعير الإعارة عنده، ولهذا لا يتعلق بالإعارة الزوم، والوصية بالمنفعة يتعلق بها الزوم. [الكفاية ٤١١/٩]

ولنا: أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت، فلا يملك تمليكه ببدل؛ اعتباراً بالإعارة، فإنها تمليك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا، ولا يملك المستعير الإجارة؛ لأنها تمليك ببدل كذا هذا، وتحقيقه: أن التمليك ببدل لازم، وبغير بدل غير لازم، ولا يملك الأقوى بالأضعف، والأكثر بالأقل، والوصية تبرع غير لازم، إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره، والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع، فلهذا انقطع، أما هو في وضعه، فغير لازم، ولأن المنفعة ليست بمال على أصلنا، وفي تمليكها بالمال الإيصاء، دليل آخر إحداث صفة المالية فيها تحقيقاً للمساواة في عقد المعاوضة، فإنما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعاً لملك الرقبة، أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكاً لها بالصفة التي تملكها، أما إذا تملكها مقصودةً بغير عوض، ثم ملكها بعوض: كان مملكاً أكثر مما تملكه معني، وهذا لا يجوز، وليس للموصي له أن يخرج العبد من الكوفة،

ببدل: كما في الإجارة. فإنها تمليك إلخ: قد تقدم في باب العارية، وفي الحقيقة هذا المعنى راجع إلى الأصل المقرر، وهو أن الشيء لا يتضمن ما فوقه. (العناية) لازم: حتى لا يفسخ إلا بعذر. تبرع: فلا يملك الموصي له الإجارة. إلا أن الرجوع إلخ: جواب عما يقال: الوصية وإن كانت غير لازمة ابتداء، لكنها تصير لازمة بعد الموت؛ لعدم قبولها الرجوع حينئذ، ووجه ذلك: أن الاعتبار للموضوعات الأصلية، والوصية في وضعها غير لازمة، وانقطاع الرجوع بموت الموصي من العوارض، فلا معتبر به. [العناية ٤١١/٩]

تحقيقاً للمساواة: لأن الأجرة مال، وقوبل بالمنافع، فحدثت في المنافع صفة المالية تحقيقاً للمساواة. (الكفاية) الولاية: أي ولاية إحداث صفة المالية في المنافع. (البنية) يملكها: فإنه يجوز للمستأجر أن يؤجر العين. بغير عوض: أي لا في ضمن شيء آخر. (البنية) لا يجوز: يعني بناء على ما قال: ولا يملك الأقوى بالأضعف، وهو ظاهر. [العناية ٤١٢/٩] وليس للموصي له إلخ: يعني إذا أوصى رجل من أهل الكوفة بخدمة عبده لزيد مثلاً، فليس لزيد أن يخرج العبد الموصى من الكوفة إلى موضع آخر ليستخدمه فيه، إلا أن يكون الموصى له، وأهله في غير الكوفة، فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك. [البنية ٤٨٧/١٣]

إلا أن يكون الموصى له، وأهله في غير الكوفة، فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك إذا كان يخرج من الثلث؛ لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي، فإذا كانوا في مصره، فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه بدون أن يلزمه مشقة السفر، ^{الموصى له وأهله} وإذا كانوا في غيره، فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم. ولو أوصى بغلة عبده، أو بغلة داره: ^{مصر الموصي} يجوز أيضاً؛ لأنه بدلُ المنفعة، فأخذ حكمَ المنفعة في جواز الوصية به، كيف وأنه عينٌ حقيقة؛ لأنه دراهم أو دنانير، فكان بالجواز أولى، ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلثُ غلة تلك السنة؛ لأنه عين مال ^{من المنفعة} يحتمل القسمة بالأجزاء، فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة؛ ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك، إلا في رواية عن أبي يوسف ^{بغلة الدار} رحمه الله، فإنه يقول: الموصى له شريكُ الوارث، وللشريك ذلك، فكذلك للموصى له،

طلب القسمة يجوز طلب القسمة

إذا كان يخرج إلخ: احتراز عما إذا لم يخرج، فإنه ليس له الإخراج إلى أهله، إلا بإجازة الورثة. (العناية) ولو أوصى إلخ: قد علم جوازه فيما تقدم من طريقين، ولعله ذكره تمهيداً لقوله: ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة يعني إذا لم تجز الورثة وكانت الوصية بغلة عبده سنة، وتذكير الضمائر إما تأويل المال، أو نظراً إلى الخير. [العناية ٤١٢/٩] يجوز أيضاً: أي كما يجوز أن يوصى بخدمة العبد وسكنى الدار. (البنية) فكان بالجواز إلخ: أي فكان الإيصاء بالغلة أقرب إلى الجواز من الإيصاء بالخدمة؛ لأن الخدمة منفعة محضة ليست فيها العينية، ولهذا لم يجز ذلك على قول ابن أبي ليلى، فإذا جاز الإيصاء بها جاز الإيصاء بالغلة بالطريق الأولى؛ لأنها عبارة عن مال عين، وهي الدراهم أو الدنانير. [البنية ٤٨٨/١٣]

غيره: أي غير هذا العبد، أو غير هذه الدار. مال: وكل ما هو كذلك تعلق الوصية بثله إن لم يخرج من الثلث. [العناية ٤١٢/٩] يحتمل القسمة إلخ: هذا احتراز عن الوصية بخدمة العبد، فإن هناك لما لم يحتمل نفس العبد القسمة بالأجزاء صرنا إلى قسمة الخدمة بطريق المهايأة. [الكفاية ٤١٢/٩]

إلا أنا نقول: المطالبة بالقسمة تبني على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة؛ إذ هو المطالب، ولا حقَّ له في عين الدار، وإنما حقُّه في الغلَّة، فلا يملك المطالبة بقسمة الدار. ولو أوصى له بخدمة عبده، ولآخر برقبة، وهو يخرج من الثلث: موصولاً أو مفصلاً ^{العبد} فالرقبة لصاحب الرقبة، والخدمة عليها لصاحب الخدمة؛ لأنه أوجب بكل واحد ^{الوصي} منهما شيئاً معلوماً عطفاً منه لأحدهما على الآخر، فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد، ^{حالة العبد} ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة، فلو لم يؤص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثاً للورثة مع كون الخدمة للموصى له، فكذا إذ أوصى بالرقبة لإنسان آخر؛ إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك يثبت فيهما بعد الموت: ولها نظائر، ^{لهذه المسألة}

والخدمة إلخ: وفي "المبسوط": ونفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة؛ لأنه إنما يتمكن من استخدامه إذا أنفق عليه، فإن العبد لا يقوي على الخدمة إلا بذلك، وهو أحق بخدمته، فيلزم نفقته كالمستعير، فإنه ينفق على المستعار، ويتنفع به، وإن أبى أن ينفق رده على صاحبه، فهذا كذلك أيضاً، وإن كان أوصى بخدمة عبد صغير لإنسان، وبرقبته لآخر، وهو يخرج من الثلث، فنفقته على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة، فإذا خدم صارت نفقته على صاحب الخدمة. [الكفاية ٤١٢/٩-٤١٣] أوجب: لأحدهما الخدمة، ولآخر الرقبة. عطفاً [والعطف لا يقتضي المشاركة فيما أوصى به لكل واحد منهما]. (الكفاية ٤١٢/٩) إلخ: ومعنى ذلك: أنه عطف قوله: والآخر برقبته على قوله: أوصى له بخدمة عبده. (العناية) الانفراد: أي انفراد إحدى الوصيتين عن الأخرى، فلا تتحقق المشاركة بينهما فيما أوجب لكل واحد منهما. [العناية ٤١٢/٩] ثم لما صحت إلخ: كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثاً للورثة، والخدمة للموصى له من غير اشتراك، فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر تكون الرقبة له، والخدمة للموصى له بها؛ إذ الوصية أخت الميراث. [العناية ٤١٣/٩] نظائر: من حيث أن الموصى له بالظرف لا يشارك الموصى له بالظروف. [الكفاية ٤١٣/٩]

أما إذا فصل إخ: [والمراد بالفصل: أن يكون الإيجابان بدفعين] أما إذا كان أحد الإيجابين موصولاً بالآخر فبالاتفاق، وأما إذا كان أحدهما مفصولاً عن الآخر، فكذلك عند أبي يوسف رحمته، خلافاً لمحمد. [العناية ٩/٤١٣] في أخواتها: قال الأتراري: أي أخوات مسألة الوصية بالأمة لرجل، وبما في بطنها لرجل آخر، وأراد بأخواتها: مسألة الخاتم مع الفص، ومسألة القوصرة مع التمر، ومسألة الشاة مع الصوف، ومسألة الدار مع البناء، ومسألة السيف مع الحلية، والبستان والتمر مثل ذلك، والأرض والنخل مثل ذلك. [البنية ١٣/٤٩٠] لأبي يوسف رحمته إخ: الاختلاف ذكر في أكثر شروح "الزيادات"، ولم يذكره فخر الإسلام في "شرح زيادته"، ولا في أصوله؛ لأن أبا يوسف رحمته لم يثبت خلافه في ظاهر الرواية، وإنما علم خلافه من رواية "الإملاء"، كذا ذكر الكرخي في "مختصر الزيادات".

والموصول سواءً كما في وصية الرقبة والخدمة. ومحمد ﷺ: أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص، وكذلك اسم الجارية يتناولها، وما في بطنها، واسم القوصرة كذلك. ومن أصلنا: أن العام الذي موجبُه ثبوتُ الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص، فقد اجتمع في الفص وصيتان، وكل منهما وصية بإيجاب على حدة، فيجعل الفص بينهما نصفين، ولا يكون إيجابُ الوصية فيه للثاني رجوعاً عن الأول كما إذا أوصى للثاني بالخاتم، بخلاف الخدمة مع الرقبة؛ لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة، وإنما يستخدمه الموصي له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه، فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصي ^{برقبة} له فيه حق، بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً؛ لأن ذلك دليلُ التخصيص والاستثناء، فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم ^{الموصي} الحلقة خاصة دون الفص. قال: ومن أوصى لآخر بثمره بستانه، ثم مات، الموصي

كما في وصية إخ: فإن هناك الموصول والمفصول في الحكم سواء. ومحمد ﷺ إخ: تأخير تعليل محمد، والجواب عما استدل به أبو يوسف في الكتاب و"المبسوط" دليل على أن المولود على قول محمد ﷺ. [العناية ٩/٤١٣-٤١٤] كذلك: يعني يطلق على التمر والظرف جميعاً. (البنية) بمنزلة الخاص: في أنه يوجب الحكم فيما يتناوله على وجه القطع. (البنية) بالخاتم: لا يكون ذلك رجوعاً عن الأول، بل يكون الفص بينهما. [البنية ٩/٤٩١] بخلاف الخدمة إخ: يعني لو أوصى برقبة العبد لإنسان، وبخدمته لآخر كان كما أوصى، وإن كان في كلام مفصول، ولا يكون للموصي له بالرقبة من الخدمة شيء، وإنما كان هكذا؛ لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة، بخلاف ما نحن فيه، فإن الخاتم يتناول الحلقة والفص جميعاً، واسم الجارية يتناولها، وما في بطنها، واسم القوصرة كذلك. [الكفاية ٩/٤١٤] على ملكه: ولا حق لغيره فيه. (البنية) دليل التخصيص: ذلك بيان تغير، فيصح بشرط الوصل. (البنية) قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". [البنية ٩/٤٩١]

وفيه ثمرة: فله هذه الثمرة وحدها، وإن قال: له ثمرة بستانى أبداً، فله هذه الثمرة، وثمرته فيما يستقبل ما عاش، وإن أوصى له بغلة بستانه، فله الغلة القائمة، وغلته ^{مدة عاش} ^{الموصى له} فيما يستقبل، والفرق: أن الثمرة اسم للموجود عرفاً، فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد؛ لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعدوم، والمعدوم مذكور، وإن لم يكن شيئاً، أما الغلة فتتظم الموجود، وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفاً يقال: فلان يأكل من غلة بستانه، ومن غلة أرضه وداره، فإذا أطلقت ^{الغلة} يتناولهما عرفاً غير موقوف على دلالة أخرى، أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود، فلهذا يفتقر الانصراف ^{إلى الأبد} إلى دليل زائد. قال: ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً، أو بأولادها، أو بلبنها، ثم مات: فله ما في بطونها من الولد، وما في ضروعها من اللبن، وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي، سواء قال أبداً، أو لم يقل؛ لأنه إيجاب عند الموت، ^{الوصية}

وفيه ثمرة: قيد بقوله: وفيه ثمرة؛ لأنه إذا لم يكن فيه ثمرة، فله ثمرة فيما يستقبل ما عاش الموصى له، فله ثمرة فيما يستقبل كمسألة الغلة. [الكفاية ٤١٤/٩] هذه الثمرة: أي الثمرة الموجوده وقت الموت. (البناية) بغلة بستانه إلخ: ثم في البستان السقي والخراج، وما فيه صلاحه على صاحب الغلة؛ لأنه هو المنتفع بالبستان، فهي كالنفقة في فصل الخدمة. [الكفاية ٤١٥/٩] والفرق: أي بين الغلة والثمرة في أن الغلة تتناول الموجود والحادث جميعاً سواء ذكر لفظ الأبد، أو لم يذكر، والثمرة تتناول الموجود لا الحادث، إلا إذا ذكر الأبد، فحينئذ تتناول الحادث أيضاً هو أن الثمرة إلخ. زائد: مثل ما إذا قال: أبداً وما عاش. [البناية ٤٩٢/١٣] قال: أي محمد ﷺ في: "الجامع الصغير". (البناية) فله: أي للرجل الذي أوصى له. [البناية ٤٩٢/١٣] الموصي: ولا يستحق ما يحدث بعده.

فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ، وهذا بخلاف ما تقدم. والفرق: أن القياس يأبى تملك المعلوم؛ لأنه لا يقبل الملك، إلا أن في الثمرة، والغلة المعلومه جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة، فاقضى ذلك جواز الوصية بالطريق الأولى؛ لأن باهما أوسع، أما الولد المعلوم وأختاه، فلا يجوز أيراد العقد عليها أصلاً، ولا تستحق بعدها، من غيرها فكذلك لا يدخل تحت الوصية، بخلاف الموجود منها؛ لأنه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعاً، وب عقد الخلع مقصوداً، فكذا بالوصية، والله أعلم بالصواب.

تجوز
الاشياء المذكورة

هذه الأشياء: أي الولد واللبن والصوف. تقدم: أي من الثمرة والغلة. (الكفاية) والفرق إلخ: أي الفرق بين هذه المسألة حيث لا تتناول الحادث، وإن ذكر الأبد، وبين ما تقدم من الوصية بثمره بستانه، فإذا ذكر الأبد يقع على الحادث أيضاً، وكذا الوصية بالغلة تقع على الحادث أيضاً ذكر الأبد أو لم يذكر، هو أن القياس إلخ. كالمعاملة: أي المساقاة، وقد مرت باها. ذلك: أي ورود الشرع فيما ذكر. (البنية) وأختاه: أي أخت الولد المعلوم، وهما الصوف المعلوم واللبن المعلوم. [البنية ١٣/٤٩٣]

بعقد البيع: أي بدخل ما على ظهر الغنم من الصوف في بيع الغنم تبعاً للغنم، ويجوز الخلع على ما في ظهر غنمها من الصوف. [الكفاية ٩/٤١٥] وب عقد الخلع: صورته: أن تقول المرأة لزوجها: خالعي على ما في بطن جاريتي أو غنمي صح، وله ما في بطنها، وإن لم يكن في البطن شيء، فلا شيء له، وما حدث بعد ذلك، فللمرأة؛ لأن ما في البطن قد يكون متقوماً، وقد لا يكون، فلم يضره حتى لو قالت: على حمل جاريتي، وليس بها حمل ترد المهر. [العناية ٩/٤١٥]

باب وصية الذمي

قال: وإذا صنع يهوديٌّ أو نصرانيُّ بيعَةً، أو كنيسةً في صحته، ثم مات: فهو ميراث؛ لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمته الله، والوقفُ عنده يُورثُ ولا يلزم، فكذا هذا، وأما عندهما؛ فلأن هذه معصية: فلا تصح عندهما. **قال:** ولو أوصى بذلك لقوم مسميين: فهو من الثلث، معناه: إذا أوصى أن تُبنى دارُهُ بيعَةً، أو الذي الكنيسة بالاتفاق كنيسة: فهو جائر من الثلث؛ لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف، ومعنى التملك، وله ولاية ذلك، فأمكن تصحيحه على اعتبار المعينين. **قال:** وإن أوصى بداره للذمي كنيسة لقوم غير مسميين: جازت الوصية عند أبي حنيفة رحمته الله، غير محصورين

وصية الذمي: ذكر وصية الذمي بعد ذكر وصية المسلم؛ لأن الكفار ملحقون بالمسلمين في أحكام المعاملات بطريق التبعية، فذكر التابع بعد المتبوع. [نتائج الأفكار ٤١٦/٩] **قال:** أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". [البنية ٤٩٤/١٣] فهو ميراث: أي بالاتفاق على اختلاف التخريج، فعند أبي حنيفة رحمته الله لعدم لزوم الوقف، وعندهما؛ لكون ذلك الفعل معصية، ولا يقال: البيعة في حقهم كالمسجد في حقنا، والمسلم إذا جعل داره مسجداً في صحته، وسلم لا يورث، فينبغي أن يكون البيعة كذلك؛ لأننا نقول: المسجد تحرز عن حقوق العباد، وصار لله تعالى خالصاً فلا يورث، ولا كذلك البيعة؛ لأن البيعة عندهم لمنافع الخلق، فإنما تسكن فيها أساقفتهم، وتدفن فيها موتاهم. [الكفاية ٤١٦/٩-٤١٧]

والوقف: فإن مسلماً لو وقف أرضاً في حياته، ثم مات صار ميراثاً. **قال:** أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". (البنية) مسمين: أي معلومين يحصى عددهم جاز بالاتفاق، وفيه خلاف الشافعي وأحمد رحمتهما. [البنية ٤٩٤/١٣] **تبني:** أي لو أوصى بأن تعمل بيعة، أو كنيسة لقوم معينين. [العناية ٤١٦/٩] على اعتبار المعينين: يعني الاستخلاف والتمليك، فجعلناه من الثلث نظراً إلى الاستخلاف، فحوزنا ذلك نظراً إلى التملك، وإذا صار ملكاً للمسمين صنعوا به ما شاءوا. [العناية ٤١٧/٩]

وقالوا: الوصية باطلة؛ لأن هذه معصية حقيقة، وإن كان في معتقدهم قرْبَةً، والوصية بالمعصية باطلة؛ لما في تنفيذها من تقرير المعصية. ولأبي حنيفة رحمته الله: أن هذه قربة في معتقدهم، ونحن أمرنا بأن نتركهم، وما يدينون، فتجوز بناءً على اعتقادهم، ألا ترى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية؛ اعتباراً لاعتقادهم، فكذا عكسه، ثم الفرق لأبي حنيفة رحمته الله بين بناء البيعة والكنيسة، وبين الوصية به: أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني، وإنما يزول ملكه بأن يصير محرراً خالصاً لله تعالى كما في مساجد المسلمين، والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة، فتبقى ملكاً للباني، فتورث عنه، ولأنهم يبنون فيها الحجرات، ويسكنونها، فلم يتحرر؛ لتعلق حق العباد به، وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضاً؛ لعدم تحرره،

وقالوا إلخ: قال مشايخنا: هذا الاختلاف فيما إذا أوصى ببناء بيعة، أو كنيسة في القرى، فأما في المصر، فلا تجوز بالاتفاق؛ لأنهم لا يمكنون من إحداث البيعة في الأمصار. (الكفاية) نتركهم: كما في الخمر والخنزير حيث يجوز بيعهم فيما بينهم؛ لأنهم يدينون جواز ذلك، وهم يدينون جواز الإيضاء ببناء البيعة والكنيسة، فيجوز ذلك بناء على اعتقادهم. وما يدينون: وفي بعض النسخ: وما يعتقدون. [البنية ١٣/٤٩٥] بما هو إلخ: وهو كما إذا أوصى بحج، أو بأن يبنى مسجداً للمسلمين، أو بأن يسرج في مساجد المسلمين، فهذه الوصية منه باطلة بالإجماع. [الكفاية ٩/٤١٧]

فكذا عكسه: أي تجوز الوصية بداره كنيسة لقوم غير مسلمين؛ اعتباراً لاعتقادهم. [الكفاية ٩/٤١٧] بين بناء إلخ: أي ببناء ذلك، ثم مات يورث، وإذا أوصى ببناء ذلك، ثم مات لا تورث. [البنية ١٣/٤٩٥] لم تصر محررة إلخ: بل محررة على معتقدهم، فتبقى ملكاً للباني، فتورث عنه. (العناية) ولأنهم: دليل آخر على عدم التحريز لله تعالى. [العناية ٩/٤١٧] المسجد: كما إذا جعل داره مسجداً، وتحتة سرداب، وفوقه بيت.

بخلاف الوصية؛ لأنه وضع لإزالة الملك، إلا أنه امتنع بثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم، فبقي فيما هو قربة على مقتضاه، فيزول ملكه، فلا يورث. ثم الحاصل أن وصايا الذمي على أربعة أقسام: منها: أن تكون قربة في معتقدهم، ولا تكون قربة في حقنا، وهو ما ذكرناه. وما إذا أوصى الذمي بأن تُذبح خنازيره، وتطعم المشركين، وهذه على الخلاف إذا كان لقوم غير مسلمين، كما ذكرناه، والوجه ما بيناه. ومنها: إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا، ولا يكون قربة في معتقدهم، كما إذا أوصى بالحج، أو بأن يُبنى مسجد للمسلمين، أو بأن يسرج في مساجد المسلمين، فهذه الوصية باطلة بالإجماع؛ اعتباراً لا اعتقادهم، إلا إذا كان لقوم بأعيانهم؛ فإنها تصح

بخلاف الوصية إلخ: متصل بقوله: إن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني، والضmir في قوله: لأنه وضع، وفي قوله: ثبوت مقتضاه، وقوله: فبقي على مقتضاه كلها راجع إلى الوصية بتأويل الإيضاء. [العناية ٤١٧/٩] ثبوت مقتضاه: وهو زوال الملك في غير ما هو قربة عندهم، فبقي أي الإيضاء فيما هو قربة على مقتضاه، وهو زوال الملك، فلذلك لا يورث، ثم أورد محمد ﷺ على نفسه سؤالاً، فقال: كيف يكون هذا قربة من الذمي، فإنه لا يثاب على ذلك، قلنا: الأحكام في حقهم إنما تبني على ما يظهرون لا على الحقيقة، ألا ترى أنه إذا ذبح، وسمى اسم الله تحل ذبيحته، وإن كان ما يعتقد أنه ليس بإله على الحقيقة، ولو ذبح باسم المسيح لا تحل ذبيحته على ما قال عمر ﷺ: "إذا سمعتموهم سموا بغير الله، فلا تأكلوا". [الكفاية ٤١٨/٩] فيما هو قربة: أي إذا لاقت فيما هو قربة عندهم عملت عملها. وهو ما ذكرناه: يريد به الوصية ببناء البيعة أو الكنيسة. (العناية) الخلاف: فيجوز الوصية عند أبي حنيفة ﷺ خلافاً لهما. لقوم: فإن كانت لقوم بأعيانهم صحت بالإجماع. كما ذكرناه: يعني من الخلاف في الوصية بالبيعة والكنيسة. (العناية) ما بيناه: أي من الجانين، وهو أن المعتبر عنده اعتقادهم، وعندهما: أمّا وصية بمعصية. [العناية ٤١٨/٩] إلا إذا كان إلخ: وإن كانوا لا يحصون لا يصح الوصية؛ لأنه لا يمكن تصحيحاً تملكياً فبطل؛ لأنها ليست بطاعة عندهم؛ لأنهم لا يتقربون بمثل هذا فيما بينهم، بل يعدون ذلك فيما بينهم استهزاء، فوقعت وصية حينئذ على سبيل الهزل، والوصية يبطلها الهزل.

لوقوعه تملكاً؛ لأنهم معلومون، والجهة مشورة. ومنها: إذا أوصى بما يكون قربةً ^{الوصية} في حقنا، وفي حقهم كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس، أو يغزى الترك، وهو من الروم، وهذا جائز، سواء كانت لقوم بأعيانهم، أو بغير أعيانهم؛ لأنه وصية بما ^{الذي أوصى} هو قربة حقيقة، وفي معتقدهم أيضاً. ومنها: إذا أوصى بما لا يكون قربةً لا في حقنا، ولا في حقهم، كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات، فإن هذا غير جائز؛ لأنه معصية في حقنا، وفي حقهم، إلا أن يكون لقوم بأعيانهم، فيصح تملكاً واستخلاقاً. وصاحب الهوى إن كان لا يكفر، فهو في حق الوصية بمنزلة المسلمين؛ لأننا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر، وإن كان يكفر، فهو بمنزلة المرتد، فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين أبي حنيفة رحمته الله وصاحبيه، وفي المرتدة: الأصح أنه تصح وصاياها؛

لوقوعه تملكاً؛ وتبطل الجهة التي عنها إن شاءوا فعلوا ذلك، وإن شاءوا تركوا، وإن كانوا لا يحصون لا يصح؛ لأنه لا يمكن تصحيحه تملكاً، وأما ليست بقرية في اعتقادهم حتى يكون تملكاً من الله تعالى في اعتقادهم، فلا يصح. (الكفاية) والجهة مشورة [هي مفعلة لا مفعولة]: أي صرف هذا المال الموصى به إلى الحج، وبناء المسجد والإسراج فيه خرج على طريق المشورة. [الكفاية ٤١٨/٩]

وفي معتقدهم: أن الديانة متفقة من الكل على ذلك؛ لأن هذا مما يتقرب به المسلمون وأهل الذمة جميعاً. [البنية ٤٩٧/١٣] إلا أن يكون إلخ: وإن كانت لقوم لا يحصون بطلت؛ لأن التملك من المجهول لا يصح، ولا يمكن تصحيحه قربة؛ لأنه معصية عند الكل. الهوى: أي البدعة، ذكره تفريراً على مسألة: "الجامع الصغير". على الخلاف إلخ: يعني أنها جائزة عندهما موقوفة عند أبي حنيفة رحمته الله، إن أسلم نفذ كسائر تصرفاته، وإلا فلا. [العناية ٤٢٨/٩] الأصح أنه إلخ: ذكر صاحب الكتاب في "الزيادات" على خلاف هذا، فقال: قال بعضهم: لا يكون بمنزلة الذمية، وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية، والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تفر على اعتقادها، وأما المرتدة، فلا تفر على اعتقادها كذا في "النهاية". [الكفاية ٤١٨/٩-٤١٩]

لأنها تبقى على الردّة، بخلاف المرتد؛ لأنه يقتل، أو يسلم. قال: وإذا دخل الحربي دارنا ^{دار الإسلام} بأمان، فأوصى لمسلم، أو ذمي بماله كلّهُ: جاز؛ لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحقّ الورثة، ولهذا ينفذ بإجازتهم، وليس لورثته حقّ مرعي؛ لكونهم في دار الحرب؛ إذ هم أموات في حقنا، ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان، والأمان كان لحقه، لا لحق ورثته، ولو كان أوصى بأقلّ من ذلك أخذت الوصية، ويردّ الباقي على ورثته، وذلك من حق المستأمن أيضاً، ولو أعتق عبده عند الموت، أو دبّر عبده في دار الإسلام، ^{للحق ورثته} ^{الحربي المستأمن} فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث؛ لما بينا، وكذلك لو أوصى له مسلم، أو ذمي ^{للحربي المستأمن} بوصية: جاز؛ لأنه ما دام في دار الإسلام، فهو في المعاملات بمنزلة الذمي، ولهذا تصحّ عقود التمليكات منه في حال حياته، ويصح تبرّعه في حياته، فكذا بعد مماته. ^{الحربي المستأمن}

تبقى: فصارت كالذمية في صحة الوصية. قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". [البنية ١٣/٤٩٨] جاز: قيل: هذا إذا لم يكن ورثته معه في دار الإسلام، أما إذا كانت ورثته معه يتوقف على إجازتهم، وأشار في الكتاب إلى هذا بقوله: وليس لورثتهم حق إلخ. [الكفاية ٩/٤١٩] ينفذ الوصية بكل المال. لحقه: ومن حقه تنفيذ وصيته. ولو كان أوصى إلخ: جواب عما يرد على قوله: ورد الباقي على الورثة، وهو أن يقال: قد قلت: ليس لورثته حق شرعي؛ لكونهم في دار الحرب، فكيف يرد عليهم الباقي ووجهه: أن ذلك الرد على الورثة أيضاً مراعاة لحق المستأمن؛ لأن من حقه تسليم ماله إلى ورثته عند الفراغ عن حاجته، والزيادة على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك. [العناية ٩/٤١٩]

ولو كان: هذه المسألة مع ما بعدها إلى آخر الباب ذكرت على سبيل التفریع، وإنما هي من مسألة الأصل. لما بينا: إشارة إلى قوله: لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة إلخ. [العناية ٩/٤١٩] بعد مماته: فالوصية تبرع بالتمليك بعد الموت، فيعتبر بالتبرع في حالة الحياة كالهبة والصدقة، وذلك صحيح من المسلم للمستأمن، فكذا هذا.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: أنه لا يجوز؛ لأنه مستأمن من أهل الحرب؛ إذ هو على قصد الرجوع، ويمكن منه، ولا يمكن من زيادة المقام على السنة إلا بالجزية، ولو أوصى الذمي بأكثر من الثلث، أو لبعض ورثته: لا يجوز؛ اعتباراً بالمسلمين؛ لأنهم أهل الذمة التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات، ولو أوصى لخلاف ملته: جاز؛ اعتباراً بالإرث؛ إذ الكفر كله ملّة واحدة، ولو أوصى الذمي لحربي في دار الإسلام: لا يجوز؛ لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين، والوصية أخته، والله أعلم.

لا يجوز: أي الوصية من المسلم والذمي للمستأمن. من أهل الحرب: فوصية من هو من أهل دار الإسلام لمن هو من دار الحرب باطل؛ لأن لتباين الدارين تأثيراً في قطع العصمة والموالة. التزموا إلخ: فكما أن الوصية فيما زاد على الثلث، والوصية لبعض الورثة لا يجوز من المسلم مراعاة لحق ورثته، فكذلك لا يجوز من الذمي. في دار الإسلام: يتعلق بقوله: أوصى الحربي أي لو أوصى الذمي في دار الإسلام لحربي في دار الحرب لم يجز؛ لتباين الدارين بينهما حقيقة وحكماً، وكذا لفظ "المبسوط"، ولأن الذمي لو أوصى لحربي في دار الإسلام يجوز على ما ذكر قبل هذا، وهو قوله: وكذا لو أوصى له أي للمستأمن مسلم، أو ذمي بوصية جاز. [الكفاية ٤١٩/٩]

باب الوصي وما يملكه

قال: ومن أوصي ^{جعله وصياً} إلى رجلٍ، فقبل الوصي في وجه الموصي، وردّها في غير وجهه: فليس بردّ؛ لأن الميت مضي لسبيله معتمداً عليه، فلو صح ردّه في غير وجهه في حياته، أو بعد مماته: صار مغروراً من جهته، فردّ رده، بخلاف الوكيل بشراء عبدٍ بغير عينه، أو بيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه؛ لأنه لا ضرر هناك؛ لأنه حيٌّ قادر على التصرف بنفسه. فإن ردّها في وجهه: فهو رد؛ لأنه ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف، ولا غرور فيه؛ لأنه يمكنه أن يُنيب غيره، وإن لم يقبل ولم يردّ حتى مات الموصي: فهو بالخيار إن شاء قبل، وإن شاء لم يقبل؛ لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام، فبقي مخيراً، فلو أنه باع شيئاً من تركته،

باب الوصي إلخ: لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى إليه، وهو الوصي؛ لما أن كتاب الوصايا يشملها، لكن قدم أحكام الموصى له؛ لكثرة وقوعه، فكانت الحاجة إلى معرفتها أمس. (العناية) غير وجهه: أي بغير علم الموصي. [العناية ٤١٩/٩] معتمداً عليه: أي على الوصي الذي قبل في وجه الميت. (العناية) جهته: وهو إضرار لا يجوز. [العناية ٤٢٠/٩]

رده: أي رد الوصي بغير علم الموصي وبعد مماته. (البنية) بغير عينه: احتراز عن الوكيل بشراء عبد بعينه؛ لأنه لا يملك عزل نفسه ثمة أيضاً بغير علم الموكل كما في الوصي؛ لأنه يؤدي إلى تضير الموكل. [البنية ٥٠٠/١٣] لم يقبل: ذكره على سبيل التفریع. بالخيار: لأنه متبرع بالتصرف في حق الغير، فلا يلزم ذلك ممن قوله: كالوكالة. فبقي مخيراً: [بين القبول والرد. (البنية)] قيل: كان يجب أن لا يكون مخيراً؛ لأنه لما بلغه الإيضاء، ولم يردّه اعتمد عليه الموصي، ولم يوص إلى غيره، وفي ذلك ضرر به، والضرر مرفوع، وأجيب بأن الموصي مغتر حيث لم يسأله عن الرد والقبول، فلا يطل الاختيار. (العناية) فلو أنه باع إلخ: بيانه: أن القبول يجوز أن يكون دلالة، فإنها تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يخالفه، لكنه يعتبر ذلك بعد الموت. [العناية ٤٢١/٩]

فقد لزمته؛ لأن ذلك دلالة الالتزام والقبول، وهو معتبر بعد الموت، وينفذ البيع لصدوره من الوصي، وسواء علم بالوصية، أو لم يعلم، بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل، فباع حيث لا ينفذ؛ لأن الوصاية خلافة؛ لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت، فتنقل الولاية إليه، وإذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالورثة، أما التوكيل إنابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب، فلا يصح من غير علمه كإثبات الملك بالبيع والشراء، وقد بينا طريق العلم، وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب. وإن لم يقبل حتى مات الموصي، فقال: لا أقبل، ثم قال: أقبل، فله ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه من الوصية حين قال: لا أقبل؛ لأن بمجرد قوله: "لا أقبل" لا يبطل الإيصاء؛

فقد لزمته: يعني لو أن الموصي مات، ولم يقبل الوصي حتى باع شيئاً من تركته كان ذلك قبولاً منه للوصاية؛ لأن القبول مرة يكون بالإيضاح، وهذا بطرق الدلالة. ذلك: أي بيع الوصي شيئاً من التركة. والقبول: لأن القبول تارة يكون بالدلالة، وتارة يكون بالإيضاح، فهو باع شيئاً من تركته كان ذلك قبولاً منه بطريق الدلالة، وكذا لو اشترى شيئاً للميت من بعض ما يحتاج إليه إذا قبض مالا أو قضاه. [البنية ٥٠١/١٣]

وإذا كانت إلخ: يعني لما كانت خلافة كالإرث صح بيعه كبيع الوارث بعد موت المورث، وإذا صح البيع صار لازماً حكماً لنفاذ البيع، فلا يملك رده بعد ذلك. [الكفاية ٤٢١/٩-٤٢٢] والشراء: لا يصح من غير علم. وقد بينا إلخ: يعني في فصل القضاء بالمواريث يعني أن العلم بالوكالة يثبت بخبر الواحد، رجلاً كان أو امرأة، صبيّاً كان أو بالغاً، وكذلك العزل عندهما يثبت بخبر الواحد مطلقاً، وعند أبي حنيفة رحمته يشترط العدد أو العدالة، حتى لا يثبت العزل عنده إلا بخبر اثنين، أو بخبر الواحد العدل. [البنية ٥٠٢/١٣]

الكتب: ومن تلك الكتب ما ذكره المصنف في كتاب أدب القاضي في فصل القضاء بالمواريث بقوله: وهذا أعلم من الناس بالوكالة إلى آخره. [البنية ٥٠٢/١٣] وإن لم يقبل إلخ: يعني أن الوصي إذا سكت في حياة الموصي، ثم بعد مماته قال: لا أقبل، ثم قيل: فهو وصي إن لم يخرج القاضي حين قال: لا أقبل. [الغنية ٤٢٢/٩]

فله ذلك: وفي قول زفر رحمته: لا يجوز قبوله بعد ما رد؛ لأنه لما رد، فقد بطل التفويض، وإذا بطل التفويض لا يجوز قبوله بعد ذلك.

لأن في إبطاله ضرراً بالميت، وضرر الوصي في الإبقاء مجبور بالشواب، ودفع الأول وهو أعلى أولى إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك؛ لأنه مجتهد فيه؛ إذ للقاضي ولاية دفع الضرر، وربما يعجز عن ذلك، فيتضرر ببقاء الوصاية. فيدفع القاضي الضرر عنه، وينصب حافظاً لمال الميت متصرفاً فيه. فيندفع الضرر من الجانين، فلهذا ينفذ إخراجهم، فلو قال: بعد إخراج القاضي إياه أقبل لم يلتفت إليه؛ لأنه قبل بعد بطلان الوصاية بإبطال القاضي. قال: ومن أوصى إلى عبد، أو كافر، أو فاسق أخرجهم القاضي عن الوصاية، ونصب غيرهم، وهذا اللفظ يشير إلى صحة الوصية؛ لأن الإخراج يكون بعدها. وذكر محمد رحمته الله في الأصل: أن الوصية باطلة، قيل: معناه في جميع هذه الصور أن الوصية ستبطل.

الثلاث

إبطاله: بمجرد قول الوصي: لا أقبل. بالميت: لأنه مات معتمداً عليه. وضرر الوصي إلخ: هذا جواب سؤال مقدر بأن يقال: كما يلزم الضرر بالميت في بطلان الوصية بقوله: لا أقبل، يلزم الضرر بالوصي في بقاء الإيصاء ولزومه؛ لأنه يعجز عن القيام بذلك. الإبقاء: أي إبقاء الإيصاء. الأول: أي دفع الضررين، وهو ضرر الميت. وهو: الواو حالية. أولى: لأن ضرر الميت غير مجبور. (الكفاية) إلا أن القاضي إلخ: استثناء من قوله: فله ذلك. (العناية) أخرجه: حين قال: لا أقبل. لأنه مجتهد فيه: أي لأن الموضوع موضع الاجتهاد؛ إذ الرد صحيح عند زفر رحمته الله دفعاً للضرر عن الوصي، وللقاضي ولاية دفع الضرر عن الناس فينفذ قضاؤه وبطل الإيجاب فلا يعتبر القبول بعده. [الكفاية ٤٢٢/٩] ذلك: أي عن انصرام حكم الوصاية. إلى عبد: أي إلى عبد غيره لقوله بعده لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى. كافر: ذمي، أو مستأمن، أو حرى. قيل: القائل: الفقيه أبو الليث في: شرحه للحامع الصغير. ستبطل: [بإخراجه القاضي عنها]، يدل عليه ما ذكر في الإيضاح: ولو تصرف العبد قبل أن يخرج القاضي، نفذ تصرفه؛ لأنه أهل التصرف لكن يخرج القاضي للمعنى الذي ذكرناه، وهو أن منافع بدنه مستحقة للمولى، فلا يجوز الصرف إلى ورثة الموصي، وقبل الإخراج الوصاية باقية، فنفذ تصرفه. [الكفاية ٤٢٣/٩]

وقيل: معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته، واستبداده، وفي غيره معناه سبتل.
 وقيل: في الكافر باطل أيضاً لعدم ولايته على المسلم، ووجه الصحة، ثم الإخراج أن أصل
 النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة، وولاية الفاسق على أصلنا، وولاية الكافر في الجملة،
 إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى، وتمكنه من الحجر بعدها،
 والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم، واتهام الفاسق بالخيانة،
 فيخرجه القاضي من الوصاية، ويقيم غيره مقامه إتماماً للنظر، وشرط في: الأصل أن
 يكون الفاسق مخوفاً عليه في المال، وهذا يصلح عذراً في إخراج، وتبديله بغيره. قال:
 ومن أوصى إلى عبد نفسه، وفي الورثة كبار لم تصح الوصية؛ لأن للكبير أن يمنعه، أو يبيع
 نصيبه، فيمنعه المشتري، فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية، فلا يفيد فائدته، وإن كانوا
 من العبد من الوصية
 صغاراً كلهم، فالوصية إليه جائزة عند أبي حنيفة رحمته الله، ولا تجوز عندهما: وهو القياس.

باطل: وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي. لعدم ولايته: إشارة إلى ما قبل الإجازة
 واستبداده إلى ما بعدها. واستبداده: أي ولعدم استبداده بنفسه؛ لأن منافعه لمولاه، فالظاهر أنه يمنعه من
 التبرع بها على غيره، وكذلك بعد إجازة المولى لا تصح وصايته أيضاً؛ لأن هذا بمنزلة الإعارة منه للعبد،
 فلا يتعلق به اللزوم. [الكفاية ٤٢٣/٩] العبد: فإن العبد أهل التصرف، ولهذا جاز توكيله.
 الفاسق: فإنه يجوز شهادته وقضاؤه. ولاية الكافر: [أي على المسلم في الجملة]، وهو ما إذا اشترى عبداً
 مسلماً، فإنه يصح شراؤه، ويثبت له الملك فيه، والولاية عليه إلا أنه يجبر على البيع، والجبر على البيع لا
 يشعر بعدم الولاية. [الكفاية ٤٢٣/٩] القاضي: أي فيخرج كل واحد منهم. وهذا إلخ: أي كون
 الفاسق بحيث يخاف عليه في المال لخيانته يصلح عذراً في إخراج الفاسق عن الوصاية، وجعل غيره وصياً
 مكانه؛ لأن الميت إنما أوصى إليه لينظر في ماله، وأولاده بعده بالحفظ والصيانة، وبالخيانة ترتفع الصيانة،
 فلا يحصل الغرض من الوصاية. يمنعه: عن انصرام مقتضى الوصاية. المشتري: من انصرام مقتضى العبد.

وقيل: قول محمد رحمه الله مضطرب يروى مرة مع أبي حنيفة رحمه الله، وتارة مع أبي يوسف رحمه الله، وجه القياس أن الولاية منعدمة؛ لما أن الرق ينافيها، ولأن فيه إثبات الولاية للمملوك في عبد نفسه على المالك، وهذا قلب المشروع، ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تتجزأ، وفي اعتبار هذه تجزئتها؛ لأنه لا يملك بيع رقبته، وهذا نقض الموضوع. وله أنه مخاطب أي الورثة مستبد بالتصرف، فيكون أهلاً للوصاية، وليس لأحد عليه ولاية، فإن الصغار وإن كانوا ملاكاً ليس لهم ولاية المنع، فلا منافاة، وإيصال المولى إليه يؤذن بكونه ناظراً لهم، وصار المالكات، والوصاية قد تتجزأ على ما هو المروي عن أبي حنيفة رحمه الله.

مضطرب: قال صاحب العناية: ولنا في هذا نظراً؛ لأن الكبار الثقات المتقدمين على صاحب الهداية كلهم ذكروا قول محمد مع أبي يوسف رحمه الله بلا اضطراب كالطحاوي في مختصره، والكرخي في "مختصره"، والحاكم الشهيد في "مختصره"، وأبا الليث في "كتاب نكت الوصايا"، والقنطوري في "التقريب"، وشمس الأئمة السرخسي في "شرح الكافي"، وصاحب القيل المنظومة فيها، وفي شرحه وغيرهم من أصحابنا. انتهى [فتح القدير ٤٢٤/٩] للمملوك: أي العبد، والمملوك لا يلي على مولاه. الأب: فكل ما تولاه الأب تولاه الوصي.

هذه: أي هذه الوصية، وهي وصية عبده على الورثة الصغار. وهذا نقض الموضوع: لأن الوصي إنما يملك الولاية من الموصي، وولايته لا تتجزأ؛ إذ لا يقال: ولايته في بعض دون بعض، فلو ثبت التجزؤ في ولاية الوصي، ثبت في ولاية الموصي، لكنه غير متجزئ، فكان عائداً على موضوعه بالنقض. [العناية ٤٢٤/٩] مخاطب: احتراز عن الصبي والمجنون، فإن الإيصال إليهما لا يجوز لعدم الخطاب.

مستبد: احتراز عن الإيصال إلى عبد الغير، فإنه لا استبداد له، وعن الإيصال إلى عبد نفسه، وفي الورثة كبير؛ لأن للكبير أن يبيع نصيبه منه، فلا يبقى حيثئذ للعبد الاستبداد بنفسه، وأما فيما نحن فيه، فلا يملك يبيع أحد، فكان مستبداً بالتصرف. [الكفاية ٤٢٤/٩] يؤذن: لأن العاقل يختار الأمين الشفيق على ما خلفه. وصار: أي الإيصال إلى العبد الفتن كالإيصال إلى المكاتب، فذلك يجوز، فكذا هذا.

والوصاية إلخ: جواب سؤال بسبيل المنع عن قولهما: وفي اعتبار هذه تجزئتها، بأن يقال: لا، نسلم إن الوصايا لا تتجزأ، ولهذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله فيما إذا أوصى إلى رجلين، أحدهما في العين، =

أو نقول: يصار إليه كي لا يؤدي إلى إبطال أصله، وتغيير الوصف لتصحيح الأصل أولى. قال: ومن يعجز عن القيام بالوصية، ضم إليه القاضي غيره؛ رعاية لحق الموصي والورثة، وهذا لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه لصيانته ونقص كفايته، فيتم النظر بإعانة غيره. ولو شكاً إليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى ^{ذكره تقريباً} يعرف ذلك حقيقة؛ لأن الشاكي قد يكون كاذباً تخفيفاً على نفسه، وإذا ظهر عند القاضي عجزه أصلاً ^{قطعا} استبدل به رعاية للنظر من الجانبيين. ولو كان قادراً على التصرف أميناً فيه ليس للقاضي أن يخرجهم؛ لأنه لو اختار غيره، كان دونه؛ لما أنه ^{الغير} كان مختار الميت ومرضيه، بإبقائه أولى، ولهذا قدم على أب الميت مع وفور شفقتة، فأولى أن يقدم على غيره. وكذا إذا شكاً الورثة، أو بعضهم الوصي إلى القاضي، فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدو له منه خيانة؛

= والآخر في تقاضي الدين يكون كل واحد منهما وصياً فيما أوصى إليه خاصة، ولئن سلمنا أن الوصاية لا تنجزاً على ما هو الظاهر عن أبي حنيفة رحمته الله حيث يكون كل واحد منهما وصياً في العين والدين جميعاً، فنقول: إنما صرنا إلى تجزئ الإيصاء كي لا يبطل أصل الإيصاء؛ لأننا لو لم نجوز التجزئ يبطل الإيصاء أصلاً، وفيه إلغاء كلام العاقل، فلا يجوز الإلغاء ما أمكن، وتغيير وصف الإيصاء أولى من تغيير أصل الإيصاء، فكان تغيير الوصف أحق. أصله: أي أصل التصرف، وهو نصف عبده وصياً على الصغار.

رعاية إلخ: فرعاية حق الموصي في إبقاء الأول وصياً لتصرف الموصي، ورعاية حق الورثة في ضم الآخر إليه. شكاً: أي إذا لم يظهر ذلك عنده، لكن شكى إليه إلخ. ذلك: أي عجزه عن التصرف. عجزه: عن القيام عن الوصية. استبدل به: فلو ظهر عند الموصي في حياته عجزه استبدل به، فكذلك من قام مقامه في النظر، وهو القاضي. ولهذا: أي ولأجل أن وصي الميت مختار الميت، قدم على أب الميت في التصرف، فبالطريق الأولى أن يقدم الوصي على وصي القاضي الذي هو غير الميت. وكذا: هذه أيضاً ذكرت تقريباً. له: أي للقاضي من الوصي.

لأنه استفاد الولاية من الميت غير أنه إذا ظهرت الخيانة، فالميت إنما نصبه وصياً لأمانته، وقد فانت، ولو كان في الإحياء لأخرجه منها، فعند عجزه ينوب القاضي منابه كأنه لا وصي له. قال: ومن أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله دون صاحبه إلا في أشياء معدودة نيينها إن شاء الله تعالى. وقال أبو يوسف رحمته الله:
 ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء؛ لأن الوصاية سبيلها الولاية،

الولاية: والشاكي قد يكون ظالماً في شكواه. إلا في أشياء معدودة: وإنما قال: إلا في أشياء معدودة ولم يذكر كميتها لاختلاف العلماء فيها، فذكر في "الأسرار" ستة وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة وقبول الهبة وجمع الأموال الضائعة من تجهيز الميت، وقضاء الدين بجنس حقه، وشراء ما لا بد للصغير منه، وبيع ما يسرع إليه الفساد، ورد الغصب والوديعة والخصومة، وذكر في "الجامع الصغير" لقاضي خان ثمانية: وهي الستة المذكورة في "الأسرار"، وتنفيذ الوصية، وقبول الهبة، وذكر فيه أيضاً جمع الأموال الضائعة، ويحتمل أن يكون قبول الهبة من جنس الأموال الضائعة فيعدان واحداً كي لا يزداد ما نص عليه من الثمانية، والذي ذكره المصنف أكثر من ذلك. [العناية ٤٢٥/٩]

وقال أبو يوسف رحمته الله إخراج: روي عن أبي القاسم الصغار أن هذا الخلاف بينهم فيما إذا أوصى إليهما جميعاً معاً بعقد واحد، فأما إذا أوصى الميت إلى كل واحد منهما بعقد على حدة، فإنه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف، قال الفقيه أبو الليث: هذا أصح، وبه أخذ بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد منهما على الانفراد، وحكي عن أبي بكر الإسكاف أن الخلاف فيهما جميعاً سواء أوصى إليهما جميعاً، أو متفرقاً، وجعل في "المبسوط" هذا أصح؛ لأن وجوب الوصية إنما يكون عند الموت، وعنده يثبت الوصية لهما معاً، فلا فرق بين الافتراق والاجتماع، بخلاف الوكالة.

لأن الوصاية إخراج: أي الوصاية إنما تثبت بطريق الولاية بانتقال ولاية الموصي إلى الوصي، لا بطريق الإنابة بدليل أن الإيصاء يتم بقوله: أوصيت مطلقاً، ولو كان بطريق الإنابة لم يصح إلا بالتنصيب على ما هو المقصود كالوكيل، فإنه لو قال: وكلتك، لا يملك التصرف ما لم يذكر ما ذا فوض إليه من التصرف، وكذا لو قال: جعلتك حاكماً، لا يملك تنفيذ القضاء ما لم يبين له ذلك، وههنا لما صح الإيصاء إليه مطلقاً، عرفنا أنه إثبات الولاية بطريق الخلافة، والدليل عليه أن أوان ولايته بعد زوال ولاية الموصي، =

وهي وصف شرعي لا تتجزأ، فيثبت لكل منهما كملاً كولاية الإنكاح للأخوين، وهذا لأن الوصاية خلافة. وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذي كان ثابتاً ^{الخلافة} للموصي، وقد كان بوصف الكمال، ولأن اختيار الأب إياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة، ^{على الورثة} فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما. ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض، فيراعى وصف التفويض، وهو وصف الاجتماع؛ إذ هو شرط مفيد، وما رضي الموصي إلا بالثني، وليس الواحد كالثني. بخلاف الأخوين في الإنكاح؛ لأن السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل منهما كملاً، ولأن الإنكاح حق مستحق لها ^{المرأة} على الولي حتى لو طالبتة بإنكاحها من كفاء يخطبها يجب عليه، وههنا حق التصرف للموصي، ولهذا يبقى مخيراً في التصرف، ففي الأول أوفى ^{الإنكاح} حقاً على صاحبه فصيح، وفي الثاني استوفى ^{الإيصاء} حقاً لصاحبه، فلا يصح أصله الدين الذي عليهما، ولهما بخلاف الأشياء المعدودة؛ لأنها من باب الضرورة، لا من باب الولاية، مواضع الضرورة مستثناة أبداً، وهي ما استثناه في الكتاب وأخواتها فقال: إلا في شراء كفن الميت وتجهيزه؛ لأن في التأخير فساد الميت، ولهذا يملكه الجيران عند ذلك، وطعام الصغار وكسوتهم؛ ^{التأخير}

= والولاية إذا ثبت لاثنين شرعاً، ثبت لكل واحد منهما كملاً على الانفراد كالأخوين في ولاية الإنكاح، فكذا إذا ثبت شرطاً، وهذا لأن الولاية لا يحتمل التجزئ؛ لأنها عبارة عن القدرة الشرعية، والقدرة لا تتجزأ، بخلاف التوكيل والتقليد في الحكومة. [الكفاية ٤٢٥/٩] الولاية: أي ولاية تصرف الوصي. أوفى: أي في أحد الأخوين حقاً واجباً على صاحبه. استوفى: أحد الوصيين حقاً لصاحبه. عليهما ولهما: أي الدين إذا كان على رجلين، فأدى أحدهما ما على الآخر صح، وإن كان الدين لرجلين، فاستوفى أحدهما نصيب الآخر لا يصح. ولهذا يملكه إلخ: أي لأجل أن في تأخير الكفن فساد الميت يملك الجيران التكفين. الجيران: وإن لم يكن لهم ولاية.

لأنه يخاف موثقهم جوعاً وعرياً. ورد الوديعة بعينها، ورد المغصوب، والمشتري شراء فاسداً، وحفظ الأموال، وقضاء الديون؛ لأنها ليست من باب الولاية، فإنه يملكه المالك، وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه، وحفظ المال يملكه من يقع في يده، فكان من باب الإعانة، ولأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي، وتنفيذ وصية بعينها، وعتق عبد بعينه؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي، والخصومة في حق الميت؛ لأن الاجتماع فيها متعذر، ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين. وقبول الهبة؛ لأن في التأخير خيفة الفوات، ولأنه يملكه الأم، والذي في حجره، فلم يكن من باب الولاية، وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف؛ لأن فيه ضرورة لا تخفى، وجمع الأموال الضائعة؛ لأن في التأخير خشية الفوات، ولأنه يملكه كل من وقع في يده،

موثقهم: فيكون من باب الضرورة. بعينها: احتراز عن الوديعة اختلطت ب كله بغير صنعه كالكيل والموزون. باب الولاية: أي الولاية المستفادة من الموصي؛ لتحقيقها من غير من أوصي إليه. [العناية ٤٢٦/٩] فإنه يملكه إلخ: أي أن من له الدين يملك أخذه، فليس التسليم من الولاية في شيء، وكذلك تسليم الوديعة، وكذلك رد المغصوب؛ لأن من له الحق يملك أيضاً. المالك: أي مالك الوديعة والمشتري والمغصوب إذا ظفر يأخذ من غير رضاه. وتنفيذ وصية إلخ: أي كذلك تنفيذ الوصية بشيء بعينه إذا كان يخرج من الثلث، فللموصى له أن يأخذه، وكذلك لأحدهما أن يعينه على ذلك بالتسليم. قال في "شرح الطحاوي": وكذلك لأحدهما أن ينفذ الوصايا من جنس ذلك المال الذي أوصي به نحو ما إذا أوصي بدراهم الرجل، فأدى أحدهما تلك الوصية من الدراهم، أو كان ثياباً، فأدى من جنس تلك الثياب من حيث أنه لا يحتاج إلى التصرف، فإنه يجوز أدائه، فأما إذا احتاج إلى بيع شيء حتى يؤدي من ثمنه الوصية، فإن ذلك البيع لا يجوز إلا بإذن صاحبه كذا ذكره الإمام الإسيحاني.

لأن الاجتماع إلخ: كأحد الوكيلين بالخصومة يتفرد بها أحدهما، فأحد الوصيين أولى؛ لأن ولاية الوصي أعم، ولهذا كان للوصي أن يوصي إلى غيره، بخلاف الوكيل ليس له أن يوكل غيره. فيها: للشغب في مجلس القضاء.

فلم يكن من باب الولاية. وفي "الجامع الصغير": وليس لأحد الوصيين أن يبيع، أو يتقاضى، والمراد بالتقاضي: **الاقتضاء** كذا كان المراد منه في عرفهم؛ وهذا لأنه رضي بأمانتهما جميعاً في القبض، ولأنه في معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الوصيين^{اللاتين} الموصوي^{القبض} الجنس على ما عرف، فكان من باب الولاية، ولو أوصى إلى كل واحد على الانفراد، قيل: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد على الانفراد؛ وهذا لأنه لما أفرد فقد رضي برأي الواحد، وقيل: الخلاف في الفصلين واحد وهو الأصح؛ لأن وجوب الوصية عند الموت، بخلاف الوكيلين؛ لأن الوكالة تتعاقب، فإن مات أحدهما جعل القاضي مكانه وصياً آخر. أما عندهما؛ فلأن الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف، فيضم القاضي إليه وصياً آخر؛

الولاية: ألا ترى أن الجيران يفعلون كذلك. وفي "الجامع الصغير" إلخ: وذكر رواية "الجامع الصغير" لبيان أن اقتضاء الدين أي قبضه ليس كقضائه، بل هو على الاختلاف. [العناية ٤٢٦/٩] الاقتضاء: أي القبض في عرفهم، فيكون على الخلاف، وفي عرفنا يراد به الطلب، فيملكه كل واحد منهما. [الكفاية ٤٢٧/٩] الانفراد: أي بعقد على حدة، ذكرناه في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول منهما. [العناية ٤٢٧/٩] قيل: وهو قول أبي القاسم الصفار. (البنية) وإليه ذهب الفقيه أبو الليث. وقيل: وهو قول أبي بكر الإسكاف. [البنية ٥١٢/١٣] الفصلين: أي فصل الانفراد وفصل الاجتماع. (البنية) لأن وجوب إلخ: لأن وجوب الوصية يكون عند الموت، فتثبت الوصية لهما جميعاً، بخلاف الوكالة، وقد يوصي الإنسان إلى غيره على ظن أنه يمكن من إتمام مقصوده وحده؛ ثم يتبين له عجزه عن ذلك، فيضم إليه غيره، فكان بمنزلة الوصية إليهما معاً، بخلاف الوكيلين فإن رأى الموكل قائم هناك، وإذا عجز الوكيل يتمكن الموكل من المباشر بنفسه، فلم يكن قصده إلى ضم الثاني إلى الأول، وإنما كان قصده إنابة كل واحد منهما منابه بالانفراد. [الكفاية ٤٢٧/٩] فإن مات [ذكره بسبيل التفريع على مسألة "المختصر"] إلخ: متصل بأول الكلام. [العناية ٤٢٨/٩] بالتصرف: لأن عندهما ليس لأحد الوصيين أن يتصرف دون صاحبه. [البنية ٥١٢/١٣]

نظراً للميت عند عجزه. وعند أبي يوسف رحمته: الحي منهما، وإن كان يقدر على الوصي الباقي التصرف، فالوصي قصد أن يخلفه متصرفان في حقوقه، وذلك ممكن التحقيق بنصب مقصود الوصي وصي آخر مكان الميت، ولو أن الميت منهما أوصي إلى الحي، فللحي أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصي إلى شخص آخر، ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصي آخر؛ لأن رأي الميت باقٍ حكماً برأي من يخلفه. وعن أبي حنيفة رحمته: أنه لا ينفرد بالتصرف؛ لأن الوصي ما رضي بتصرفه وحده، بخلاف ما إذا أوصي إلى غيره؛ لأنه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضي المتوفى، وإذا مات الوصي، وأوصي إلى آخر، فهو وصيه في تركة، وتركته الميت الأول عندنا. وقال الشافعي رحمته: لا يكون وصياً في تركة الميت الأول؛ اعتباراً بالتوكيل في حالة الحياة، والجامع بينهما: التوكيل والإيلاء

متصرفان: وفي بعض النسخ: وصيان. [البنية ١٣/٥١٢] ولو أن الميت: ذكره بسبيل التفريع أيضاً. رأي الميت إلخ: فالميت لما أوصى إلى صاحبه، فقد رضي بتصرفه، فصار فعله كفعلهما جميعاً، ألا ترى أنهما لو كانا حيين، فأذن أحدهما لصاحبه أن يبيع ويشترى، ففعل جاز فعله في قولهم جميعاً، فكذلك ههنا. لا ينفرد: يعني أن الميت رضي برأي الاثنين، ولم يرض برأي أحدهما، وفي اجتماع رأيهما منفعة؛ لأن الميت قصد أن يكون ماله بتدبير الاثنين؛ لكي يكون كل واحد منهما رقيباً على صاحبه، فإذا مات أحدهما، فقد فات ذلك المعنى، فلا يجوز أن يكون ماله بتدبير إنسان واحد.

وإذا مات إلخ: ذكره بسبيل التفريع أيضاً. فهو وصيه إلخ: هذا إذا أطلق، أما إذا قال: جعلته وصي ما أتركه صار وصياً في تركته، وتركته موصيه في ظاهر الرواية؛ لأن تركة موصيه تركته أيضاً، وعند أبي يوسف ومحمد رحمتهما يصير وصياً في تركة الموصي فقط؛ لأنه نص عليه. [الكفاية ٩/٤٢٨] لا يكون وصياً: لأن الميت فوض إليه التصرف ولم يفوض الإيلاء إلى غيره فلا يملك. بالتوكيل: ثم التوكيل لا يجوز له أن يوكل غيره، فكذا الوصي لا يجوز له أن يوصي إلى غيره.

أنه رضي برأيه لا برأي غيره. ولنا: أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة إليه، فيملك الميت الأول الإيصاء إلى غيره كالجد. ألا يرى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل إلى الوصي في المال، وإلى الجد في النفس، ثم الجد قائم مقام الأب فيما انتقل إليه، فكذا الوصي؛ لأنه خلف عنه وهذا لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولايته، وعند الموت كانت له ولاية في موت الوصي التركين، فينزل الثاني منزلته فيهما؛ ولأنه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه الأول التركين الوصي الوصي فيما أوصى الموت أنه قد تعثره المنيّة قبل تميم مقصوده بنفسه، وهو تلافي ما فرط منه: صار راضياً بإيصائه الموت إلى غيره، بخلاف الوكيل؛ لأن الموكل حيّ يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه، فلا يرضى بتوكيل غيره، والإيصاء إليه. قال: ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة، الوكيل الأول نيابة عن الورثة

منتقلة: من الميت بطريق الخلافة عنه. (البنية) وإلى الجد: يعني إذا مات الأب كان ولاية تزويج الصغار، والصغائر واستيفاء القصاص للجد، فكذا الوصي فيما انتقل إليه؛ لأنه خلف عن الأول، وباعتبار هذه الخلافة يجعل الأول قائماً حكماً، والخلف يعمل عمل الأصل عند عدم الأصل. [العناية ٤٢٨/٩] قائم مقام الأب إلخ: الأب كان له ولاية الإنكاح بنفسه، وإقامة غيره مقامه، فكذلك الجد له ولاية الإنكاح بنفسه، وإقامة غيره مقامه، وكذلك الوصي كان له ولاية التصرف في ماله بنفسه، وإقامة غيره مقامه، فكذلك الوصي؛ لقيامه مقامه. [الكفاية ٤٢٨/٩] الوصي: لأنه خلف عن الميت أيضاً. [البنية ٥١٣/١٣] التركتين: أي تركة نفسه سماه تركة باعتبار ما يؤل إليه، وتركته موصيه، أما في تركته فباعتبار أنه ملكه، وأما في تركته موصيه فباعتبار الوصايا إليه. [العناية ٤٢٨/٩] تميم مقصوده: أي حصول مقصود الوصي منه. (البنية) تلافي ما فرط منه: أي تدارك ما سبق من التفريط في الأمور. [البنية ٥١٣/١٣] غيره: دلالة إلى تميم مقصوده. [البنية ٥١٤/١٣] إليه: أي إيصاء الوكيل الأول إلى الغير عند موته. قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". ومقاسمة إلخ: رجل أوصى إلى رجل، وأوصى لرجل آخر بثلث ماله، وله ورثة صغار، أو كبار غيب، فقاسم الوصي الموصى له نائباً عن الورثة، وأعطاه الثلث، وأمسك الثلثين للورثة، فالقسمة نافذة على الورثة في المنقول والعقار إن كانوا صغاراً، وفي المنقول إن كانوا كباراً حتى لو هلك حصّة الورثة في يده لم ترجع الورثة على الموصى له بشيء، وأما إن كان الوارث كبيراً حاضراً، =

ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلّة؛ لأن الوارث خليفة الميت حتى يُردّ بالغيب،
 ويردّ عليه به، ويصير مغروراً بشراء المورث، والوصي خليفة الميت أيضاً،
 فيكون خصماً عن الوارث إذا كان غائباً، فصحت قسمته عليه، حتى لو حضر،
 وقد هلك ما في يد الوصي: ليس له أن يشارك الموصى له. أما الموصى له، فليس
 بخليفة عن الميت من كل وجه؛ لأنه ملكه بسبب جديد،
 الموصى له

= وصاحب الوصية غائباً، فقسام الوصي مع الوارث عن الموصى له، فأعطى الورثة حقهم، وأمسك الثلث
 للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيراً كان أو كبيراً، حاضراً كان أو غائباً في المنقول والعقار
 جميعاً، حتى لو هلك في يد الوصي ما أفرزه كان له أن يرجع على الورثة بثلاث ما في أيديهم، والفرق بين
 المنقول والعقار: أن الورثة إذا كانوا صغاراً كان للوصي بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعاً، أما إذا
 كانوا كباراً، فليس له بيع العقار عليهم، وله ولاية بيع المنقول، فكذا القسمة؛ لأنها نوع بيع، ووجه المسألة
 ما ذكره في الكتاب، وحاصله: أن الورثة، والوصي كلاهما خلف عن الميت، فيجوز أن يكون الوصي
 خصماً عنهم وقائم مقامهم، وأما الموصى له، فليس بخليفة عن الميت بكل وجه، فلا يكون بينه وبين الوصي
 مناسبة حتى يكون خصماً عنه، وقائماً مقامه في نفوذ القسمة عليه. [العناية ٤٢٨/٩-٤٢٩]

بالغيب: أي فيما اشتراه المورث. (العناية) عليه: أي فيما باعه المورث. (العناية) ويصير مغروراً [حتى يصير
 الولد حرّاً بالقيمة] بشراء إلخ: فإنه إذا اشترى جارية فمات، ثم استولدها الوارث، ثم استحققت الجارية، فإنه
 يرجع على بائع الميت، ولو لم يكن خليفة لما رجع كما لو باعها الوارث من آخر، والمسألة بخالها، فإن المشتري
 يرجع على بائعه دون بائع بائعه؛ لأنه ليس بخليفة عن بائعه، حتى يكون غروره كغروره. [العناية ٤٢٩/٩]

عن الوارث: لأن من كان خليفة لأحد كان خليفة لمن قام مقامه، فصار تصرفه كتصرفه إذا كان غائباً فصحت
 قسمته عليه. [الكفاية ٤٢٩/٩] غائباً: وإذا كان كبيراً؛ لأنه إذا كان صغيراً لا حاجة إلى فعله. (البنابة)
 فصحت قسمته إلخ: لأن ولايته قاصرة على الصغار، وعلى حفظ مال الكبار، والموصى له خصم،
 والقسمة تصح بين الخصمين فنفذت القسمة. [البنابة ٥١٤/١٣-٥١٥] بسبب جديد: وهو ما بقي له
 من ثلث مال الميت. [البنابة ٥١٥/١٣]

ولهذا لا يردّ بالعيب، ولا يردّ عليه، ولا يصير مغروراً بشراء الموصي، فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته، حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي؛ لأن القسمة لم تنفذ عليه، غير أن الوصي لا يضمن؛ لأنه أمين فيه، وله ولاية الحفظ في التركة، فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة، فيكون له ثلث الباقي؛ لأن الموصي له شريك الوارث، فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة، ويبقى ما بقي على الشركة. قال: فإن قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصي له، فضاء: رجع الموصي له بثلث ما بقي؛ لما بينا. قال: وإن كان الميت أوصي بحجة، ذلك النصيب على الورثة

ولهذا: أي ولكونه غير خليفة عن الميت. (البنية) لا يرد: فيما اشتراه المورث. (البنية) ولا يرد عليه: أي فيما باعه الميت. [البنية ٥١٥/١٣] ولا يصير [يعني يكون الولد رقيقاً] مغروراً إلخ: حتى لو كان الموصي به جارية، فاستولدها الموصي له، ثم استحققت أخذها المستحق وولدها، ولا يصير الولد حراً بالقيمة بحكم الغرور، بخلاف الوارث. [الكفاية ٤٢٩/٩] لم تنفذ: لأنه لا ولاية للموصي عليه. [الكفاية ٤٢٨/٩] غير أن الوصي إلخ: جواب سؤال، تقديره: إذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع، فيجب الضمان كما لو تعدى على المال واستهلكه. (العناية) وله ولاية الحفظ إلخ: فيه إشارة إلى أنه لا يضمن عليه إذا كان ما أفرزه للورثة في يده؛ لأن أن الحفظ إنما يتصور في ذلك، أما لو سلمه إليهم، فالموصي له بالخيار إن شاء ضمن القابض بالقبض، وإن شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في "النهاية". [العناية ٤٢٩/٩] فإن قاسم الورثة إلخ: كان معلوماً مما سبق من كلامه، ولكن ذكر؛ لكونه لفظ "الجامع الصغير". (العناية) لما بينا: إشارة إلى قوله: لأن القسمة لم تنفذ عليه. (العناية) قال: أي محمد ﷺ في: "الجامع الصغير". (البنية) وإن كان إلخ: رجل مات وترك أربعة آلاف درهم، وأوصى أن يحج عنه، وكان مقدار الحج ألف درهم، فأخذ الوصي ألفاً، ودفعها إلى الذي يحج عنه، فسرت في الطريق، قال أبو حنيفة ﷺ: يؤخذ ثلث ما بقي من التركة، وهو ألف درهم، فإن سرت ثانياً يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى. هكذا، وقال أبو يوسف ﷺ: يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال، وذلك ثلاث مائة وثلاثة وثلاثون، وثلث درهم، فإن سرت ثانياً لا يؤخذ مرة أخرى، وقال محمد ﷺ: إذا سرت الألف الأولى بطلت الوصية، فلا يؤخذ منه مرة أخرى. [العناية ٤٢٠/٩]

فقسام الورثة، فهلك ما في يده: حج عن الميت من ثلث ما بقي، وكذلك إن دفعه الوصي إلى رجل ليحج عنه، فضاع في يده. وقال أبو يوسف رحمته الله: إن كان مستغرقاً للثلث الميت لا يرجع بشيء، وإلا يرجع بتمام الثلث، وقال محمد رحمته الله: لا يرجع بشيء؛ لأن القسمة حق الوصي، ولو أفرز الموصي بنفسه مالا؛ ليحج عنه، فهلك: لا يلزمه شيء، وبطلت الوصية، فكذا إذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه. ولأبي يوسف رحمته الله: أن محل الوصية الثلث، فيجب تنفيذها ما بقي محلها، وإذا لم يبقَ بطلت لفوات محلها. ولأبي حنيفة رحمته الله: أن القسمة لا تزداد لذاتها، بل لمقصودها، وهي تأدية الحج، فلم تُعتبر دونه، وصار كما إذا هلك قبل القسمة، فيحج بثلث ما بقي، ولأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسمّاة؛ إذ لا قابض لها، فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم، فصار كهلاكه قبلها. قال: ومن أوصى بثلاث ألف درهم، فدفعها الورثة إلى القاضي، فقسّمها، والموصى له غائب: فقسّمته جائزة؛ القاضي ألفاً

الورثة: وهو ثلث المفرز. فضاع: أي فضاع في يد الرجل الذي دفع إليه الثلث ليحج عن الميت. وإلا: أي فإن لم يكن الهالك مستغرقاً للثلث. (البنية) بتمام الثلث: وهو ثلاث مائة وثلاثة وثلاثون وثلث، فإن سرت ثانياً يؤخذ مرة أخرى. (البنية) بشيء: أي لا يعطى مرة أخرى. دونه: أي دون المقصود وهو أداء الحج. [البنية ٥١٦/١٣] قال: أي محمد رحمته الله في: "الجامع الصغير". [البنية ٥١٧/١٣] فقسّمته جائزة: وذكر الإمام المحبوبي: أن هذا الجواب فيما إذا كانت التركة مما يكال أو يوزن؛ لأن القسمة فيه تمييز لا مبادلة، حتى ينفرد أحد الشريكين بأخذ نصيبه من غير قضاء، ولا رضا، ويجوز لأحدهما أن يبيع نصيبه مراجعة على ما قام عليه من الثمن، فأما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز؛ لأن القسمة فيه مبادلة كالبيع، وبيع مال الغائب لا يجوز، فكذا قسمته، قلت: وضع المسألة في الدراهم لعله إشارة إلى ذلك، فإنها مما يوزن. [العناية ٤٣٠/٩]

لأن الوصية صحيحة، ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول: تصير الوصية ميراثاً لورثته، والقاضي نصب ناظراً لاسيما في حق الموتى والعقب، ومن النظر إفراز الموصى له لأمر المسلمين جمع الغائب نصيب الغائب وقبضه، فنفذ ذلك، وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل. قال: وإذا باع الوصي عبداً من التركة بغير محضر من الغرماء: فهو جائز؛ لأن الوصي قائم مقام الموصي، ولو تولى حياً بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء، وإن كان في مرض موته، فكذا إذا تولاها من قام مقامه؛ وهذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة، والبيع لا يبطل المالية؛ لفواتها إلى خلف، وهو الثمن، بخلاف العبد المديون؛ لأن للغرماء حق الاستسعاء أما ههنا فبخلافه.

الوصية صحيحة: قال الفقيه العتاي في شرحه "للجامع الصغير": والوصية للغائب صحيحة؛ لأن قبوله ليس بشرط. حق الموتى: بعجزهم عن التصرف بأنفسهم. فنفذ ذلك: والفرق بين القاضي حيث جازت مقاسمته على الموصى له، وبين الوصي حيث لم يجز مقاسمته على الموصى له: أن للقاضي ولاية على الغائب فيما ينفعه، ولهذا يملك بيع ما يخشى عليه التلف، فكان قسمته كقسمة الوصي له، والوصي لا يملك بيع شيء من مال الموصى له، فلم يكن له ولاية عليه أصلاً، فلم ينفذ قسمته.

قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البناية) فهو جائز: صورته: في "جامع محمد" عن يعقوب عن أبي حنيفة ﷺ في الرجل يموت ويترك عبداً وعليه دين يحيط بماله، فيبيع الوصي العبد بغير محضر من الغرماء، قال: يبيعه جائز، وأراد بذلك الدين على الميت لا على العبد. [البناية ١٣/٥١٧] يبيعه: أي إذا باعه بمثل القيمة. [الكفاية ٩/٤٢١] بخلاف العبد إلخ: أي بخلاف العبد المأذون المديون حيث لا يبيعه مولاه، أو وصيه بغير محضر من الغرماء؛ لأن لهم حق الاستسعاء حتى يأخذوا كسبه، فيكون البيع مبطلاً لحقهم، فلهم أن يطلوا البيع، وههنا حق الغرماء في الثمن لا غير، فيكون البيع محققاً لحقهم لا مبطلاً، فكان بيع الوصي بمحضر من الغرماء، وغير محضر منهم سواء.

قال: ومن أوصى بأن يباع عبده، ويتصدق بثمنه على المساكين، فباعه الوصي، وقبض الثمن، فضاع في يده، فاستحق العبد: ضمن الوصي؛ لأنه هو العاقد، فتكون العهدة عليه، وهذه عهدة؛ لأن المشتري منه ما رضي يبدل الثمن، إلا ليسلم له المبيع، ولم يسلم، فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه، فيجب عليه رده. ويرجع فيما ترك الميث؛ لأنه عامل له، فيرجع عليه كالوكيل، وكان أبو حنيفة رحمته الله يقول أولاً: لا يرجع؛ لأنه ضمن بقبضه، ثم رجع إلى ما ذكرنا، ويرجع في جميع التركة. وعن محمد رحمته الله: أنه يرجع في الثلث؛ لأن الرجوع بحكم الوصية، فأخذ حكمها، ومحل الوصية الثلث، وجه الظاهر: أنه يرجع عليه بحكم الغرور، وذلك دين عليه، والدين يُقضى من جميع التركة، بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه؛

قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". [البنية ١٣/٥١٨] بغير رضاه: لأن رضا المشتري بأخذ الوصي الثمن إنما كان عند سلامة المبيع ولم يسلم. (الكفاية) كالوكيل: يرجع على الموكل بما ضمن. لا يرجع [في مال الميت بشيء]: أي لا يرجع الوصي على أحد؛ لأنه ضمن بقبضه أي لأنه تبين بطلان الوصية باستحقاق الغلام، ولم يكن عاملاً للورثة، فلا يرجع عليهم بشيء. [الكفاية ٩/٤٣١] لأن الرجوع إلخ: لأن البيع كان لتنفيذ الوصية، فكان حكمه حكم الوصية، والوصية تنفذ من الثلث عليه. (الكفاية) الثلث: يعني نفاذها من الثلث. [البنية ١٣/٥١٨] أنه يرجع إلخ: أي أن الوصي يرجع على الميت على تركته بحكم أن الميت غره بقوله: إن هذا ملكي؛ لأنه لما أمره ببيع عبده، وتصدق ثمنه على المساكين كان قائلاً: إن هذا العبد ملكي، فكان الوصي مغروراً من جهته، وكان ذلك الضمان ديناً على الميت، والدين يقضى من جميع التركة كذا ذكره الإمام قاضي خان. [الكفاية ٩/٤٣١] بخلاف القاضي إلخ: إذا تولى البيع، فاستحق العبد، أو مات، وقد ضاع الثمن في يده حيث لا يرجع المشتري على القاضي أو أمينه؛ لأنه لا عهدة عليهما.

لأن في إلزامها القاضي تعطيلُ القضاء؛ إذ يتحامي عن تقلد هذه الأمانة؛ حذراً عن
 لزوم الغرامة، فتتعطل مصلحة العامة، وأمينه سفير عنه كالرسول، ولا كذلك الوصي؛
 لأنه بمنزلة الوكيل، وقد مرّ في كتاب القضاء، فإن كانت التركة قد هلكت، أو
 لم يكن بها وفاء: لم يرجع بشيء كما إذا كان على الميت دين آخر. قال: وإن قسم
 الوصي الميراث، فأصاب صغيراً من الورثة عبد فباعه، وقبض الثمن، فهلك، واستحق
 العبد: رجع في مال الصغير؛ لأنه عامل له، ويرجع الصغير على الورثة بحصته؛ لانتقاض
 القسمة باستحقاق ما أصابه. قال: وإذا احتال الوصي بمال اليتيم، فإن كان خيراً
 لليتيم: جاز، وهو أن يكون أملاً؛ إذ الولاية نظرية، وإن كان الأول أملاً: لا يجوز؛
 المدينون

سفير عنه: أي عن القاضي بامتناع القضاة عن قبول القضاء لأجل التزام العهدة في الأمور. (البنية)
 وقد مر: في آخر فصل القضاء بالمواريث من فصول كتاب أدب القاضي. [الكفاية ٤٣١/٩] وفاء: بأن
 لم يفضل عن التكفين والتجهيز. [البنية ٥١٩/١٣] لم يرجع بشيء: أي لا على الورثة، ولا على
 المساكين إن كان تصدق عليهم؛ لأن البيع لم يقع إلا للميت، فصار كما إذا كان على الميت دين آخر،
 وذكر في "الذخيرة" محالاً إلى "المتقى": أن الوصي يرجع على المساكين، والقياس هكذا؛ لأن غنم تصرف
 الوصي عاد إليهم، فالغرم يجب أن يكون عليهم، وهذه الرواية تخالف رواية "الجامع الصغير"، ووجه رواية
 "الجامع الصغير": أن الميت أصل في غنم هذا التصرف، وهو الثواب، والفقر تبع له. [العناية ٤٣١/٩]

قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية) مال الصغير: يعني رجع المشتري بالثمن على
 الوصي؛ لأن العهدة على البائع، ثم يرجع الوصي بذلك في مال الصغير. (البنية) قال: أي محمد ﷺ في
 "الجامع الصغير". [البنية ٥١٩/١٣] بمال اليتيم: أي بدين اليتيم على رجل. أملاً: أي أقدر على الأداء من
 الحبل المدينون. وإن كان الأول إلخ: وإن كانا سواء ذكر أنه لا يجوز كذا ذكره الإمام المحبوبي، وفي "الذخيرة":
 وإن كان الثاني مثل الأول في الملأ، فقد اختلف المشايخ فيه، وأشار في الكتاب إلى أنه لا يجوز. [الكفاية ٤٣١/٩]

لأن فيه تضييعَ مالِ اليتيم على بعض الوجوه. قال: ولا يجوز بيعُ الوصيِّ، ولا شراؤه إلا بما يتغابن الناسُ في مثله؛ لأنه لا نظرَ في الغبنِ الفاحش، بخلاف اليسير؛ لأنه لا يمكن التحرُّزُ عنه، ففي اعتباره انسدادُ بابه، والصبيُّ المأذون والعبد المأذون ^{الغبن اليسير} ^{تصرف الوصي} والمكاتب يجوز بيعُهم، وشراؤهم بالغبنِ الفاحش عند أبي حنيفة رحمته الله؛ لأنهم يتصرفون بحكم المالكية، والإذن فكُّ الحجر، بخلاف الوصي؛ لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظراً، فيتقيد بموضع النظر، وعندهما: لا يملكونه؛ لأن التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورةً فيه، وهم ليسوا من أهله، وإذا كتب كتابَ الشراء على وصيٍّ كتب كتابَ الوصية على حدة، وكتابَ الشراء على حدة؛ لأن ذلك أحوط، ولو كتب جملةً عسى أن يكتب الشاهدُ شهادته في آخره من غير تفصيل، فيصير ذلك حملاً له على الكذب، ^{باعثاً له}

بعض الوجوه: وهو أنه إذا لم يكن مليئاً يتأخر الأداء، والتأخير إتلاف من وجه. [الكفاية ٤٣٢/٩] قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". (البنية) الفاحش: وأصح ما قيل في الفرق بين الغبنِ الفاحش واليسير: أن ما يدخل تحت تقويم المقومين، فهو غبن يسير، وما لا يدخل، فهو فاحش. (النهاية) لأنهم يتصرفون [فصاروا كالحُرِّ البالغ في تصرفهم] إلخ: أي يتصرفون بأهليتهم لا بإذن المولى؛ ولا يقال: العبد محجور عليه. (البنية) لا يملكونه: أي لا يملكون البيع بالغبنِ الفاحش ولا الشراء به، وبه قالت الأئمة الثلاثة. [البنية ٥٢٠/١٣] ذلك أحوط: لأنه لو كتب كتاباً واحداً، أو جمع بين الوصية والشراء، ويشهد من الشهود من لم يتحمل الشهادة على الوصية، فعند أداء الشهادة عسى أن يشهد بجميع ذلك، فيكون شاهد زور. [الكفاية ٤٣٢/٩] كتب جملة: بأن كتب اشترى من فلان وصي فلان، وأشهد عليه قوماً، وفيهم من لم يشهد على الإيضاء، فرمى يشهد بالكل، فيكون حملاً له على الكذب؛ وهذا لأنه قلما يتفق أن يكون الشهود على الأمرين فريقاً واحداً. غير تفصيل: بين الوصاية والشراء. (البنية)

ثم قيل: يكتب: اشترى من فلان بن فلان، ولا يكتب من فلان وصي فلان؛ لما بينا، وقيل: لا بأس بذلك؛ لأن الوصاية تُعلم ظاهراً. قال: ويبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار؛ لأن الأب يلي ما سواه، ولا يليه، فكذا وصيته فيه، وكان القياس: أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً؛ لأنه لا يملكه الأب على الكبير، إلا أنا استحسناه؛ لما أنه حفظ لتسارع الفساد إليه، وحفظ الثمن على يسر، وهو يملك الحفظ، أما العقار فمحصن بنفسه، قال: ولا يتجر في المال؛ الوصي الوصي

يكتب: أي القاضي أو المشتري كذا قاله الأتراري، وقال الكاكي: أي لا بأس أي يجمع الوصية والشراء في كتاب واحد، وهذا وجهه. (البنية) لما بينا: إشارة إلى قوله: لأن ذلك أحوط. [العناية ٤٣٢/٩] بذلك: أي أن يكتب من فلان وصي فلان. (البنية) قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". [البنية ٥٢١/١٣] الغائب: قيد بالغيبة؛ لأنهم إذا كانوا حضوراً ليس للوصي التصرف في التركة أصلاً، لكن يتقاضى ديون الميت، ويقبض حقوقه، ويدفع إلى الورثة، إلا إذا كان على الميت دين، أو أوصى بوصيته، ولم يقبض الورثة الديون، ولم ينفذوا الوصية من مالهم، فإنه يبيع التركة كلها إن كان الدين محيطاً، أو بمقدار الدين إن لم يحيط. إلا في العقار: استثنى العقار في حق الكبير الغائب، أما في حق الصغير يملك بيع العقار أيضاً، وهذا جواب السلف، وأما جواب المتأخرين أنه إنما يجوز بأحد شروط ثلاثة، إما أن يرغب المشتري فيه بضعف القيمة، أو للصغير حاجة إلى ثمنها، أو بأن يكون على الميت دين، ولا وفاء له إلا به، قال الصدر الشهيد: وبه يفتى. [الكفاية ٤٣٢/٩-٤٣٣] ولا يليه: أي يبيع العقار على ولده الكبير.

لأنه لا يملكه إلخ: في صورة التناقض؛ لقوله: لأن الأب يلي ما سواه، ويتفصى عنه بأن الأب لا يملكه بالولاية الحقيقية، ويملكه لجهة الحفظ والنظر. [الكفاية ٤٢٤/٩] الفساد: لأن المنقول مما يخشى عليه التلف. فمحصن [أي محفوظ لا يخشى عليه التلف]: فلا حاجة فيه إلى البيع، ولو كان عليه دين يبيع العقار، ثم إن كان الدين مستغرقاً باع كله بالإجماع، وإن لم يكن مستغرقاً باع بقدر الدين عندهما؛ لعدم الحاجة إلى أكثر من ذلك، وعند أبي حنيفة ﷺ جاز له بيع كله؛ لأنه يبيعه بحكم الولاية، فإذا ثبت في البعض ثبت في الكل؛ لأنها لا تنجز، ولو خيف هلاكه يملك يبعه؛ لأنه تعين حفظه كالمنقول، والأصح أنه لا يملك؛ لأنه نادر.

لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما: وصي الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الأب في الكبير الغائب، وكذا وصي الأم ووصي العم، وهذا الجواب في تركة هؤلاء؛ لأن وصيهم قائم مقامهم، وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ، فكذا وصيهم، قال: والوصي أحق بمال الصغير من الجد، وقال الشافعي رحمهما: الجد أحق؛ لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث، فيقدم على وصيه. ولنا: أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه، فكانت ولايته قائمة معني، فيقدم عليه كالأب نفسه؛ وهذا لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه. فإن لم يوص الأب، فالجد بمنزلة الأب؛ لأنه أقرب الناس إليه، وأشفقهم عليه،

محمد: ولا خلاف في هذه المسألة، وإنما خص ذكرهما في "الجامع"، لأنه روي عنهما ولم يرو عن أبي حنيفة رحمهما. كذا قال الفقيه أبو الليث. (البنية) الكبير الغائب: يعني في بيع المنقول دون العقار. [البنية ٥٢٢/١٣] في تركة هؤلاء: يعني الأخ والأم والعم، وإنما قيد بتركة هؤلاء؛ لأن وصي هؤلاء فيما ترك الأب ليس كوصي الأب في الكبير الغائب، فإن وصي الأم لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن أبيه العقار، والمنقول في ذلك سواء؛ لأنه قائم مقام الأم، والأم حال حياتها لا تملك بيع ما ورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين، والخالى فكذلك وصيها، وأما ما ورثه الصغير من الأم، فلوصيها فيه بيع المنقول دون العقار؛ لأن له ولاية الحفظ، وبيع المنقول من الحفظ دون العقار إذا لم يكن على التركة دين أو وصية أم إذا كان دين، فإن كان مستغرقاً، فله بيع الكل، ودخل بيع العقار تحت ولايته؛ لأن بيع العقار طريق قضاء الدين، وقضاء الدين دخل تحت ولايته، وإن لم يكن مستغرقاً ببيع بقدر الدين، وأما بيع الزيادة على قدر الدين، فعلى الاختلاف المار، وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصي الأخ والعم؛ لأنه كما لا ولاية للأم على الصغير في المال فكذا لا ولاية للأخ، والعم عليه. [البنية ٤٣٣/٩] قال: أي محمد رحمهما في "الجامع الصغير". [البنية ٥٢٢/١٣]

حتى يملك الإنكاح دون الوصي غير أنه يُقَدَّم عليه وصيُّ الأب في التصرف؛ لما بيناه. فإنه لا يملك

فصل في الشهادة

قال: وإذا شهد الوصيَّان أن الميتَ أوصى إلى فلان معهما: فالشهادة باطلة؛ الوصيتين لأنهما متَّهَمان فيها؛ لإثباتهما معيناً لأنفسهما. قال: إلا أن يدَّعيها المشهودُ له، وهذا هذه الشهادة استحسان، وهو في القياس كالأول؛ لما بينا من التهمة. وجه الاستحسان: أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداءً، أو ضمَّ آخر إليهما برضائه بدون شهادتهما، الوصيتين الآخر فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه، أما الوصاية فثبت بنصب القاضي. قال: وكذلك الابنان، معناه: إذا شهدا أن الميتَ أوصى إلى رجل، وهو ينكر؛ لأنهما باطلة يجزآن إلى أنفسهما نفعاً بنصب حافظ للتركة.

الإنكاح: أي إنكاح أولاد ابنه. (البنية) لما بيناه: إشارة إلى قوله: ولنا: أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه. [البنية ٥٢٣/١٣] في الشهادة: إنما أحر هذه؛ لكونها عارضة فيها غير أصلية، والأصل عدم العارض. [البنية ٥٢٤/١٣] قال: في أي محمد رحمه الله "الجامع الصغير". باطلة: أي وأنكر فلان الوصية. قال: أي محمد رحمه الله في "الجامع الصغير". (الكفاية) وهذا: أي قبول الشهادة عند دعوى المشهود له الوصاية. [الكفاية ٤٣٤/٩] وهو في القياس إلخ: أي قبول شهادتهما لآخر أنه وصي معهما إذا ادعى المشهود له، وذلك استحسان، وفي القياس: لا تقبل الشهادة كما إذا أنكر المشهود له ذلك، وهذا معنى قوله كالأول. لما بينا إلخ: لأنها شهادتان للشاهد أو لأبيه. [البنية ٥٢٤/١٣]

فتثبت بنصب القاضي: فلا يحتاج إلى الشهادة؛ لأن الشاهدين لو سألا القاضي بأن يجعل هذا الرجل وصياً وهو راغب فيه أجهما إلى ذلك بخلاف الوكالة؛ لأنه ليس له ولاية في مال أبيها. [البنية ٥٢٤/١٣] قال: أي محمد رحمه الله في "الجامع الصغير". (البنية) وكذلك: معطوف على المستثنى منه، وهو قوله: فالشهادة باطلة. [العناية ٤٣٥/٩] حافظ للتركة: وفيه همة فلا تقبل. [البنية ٥٢٥/١٣]

ولو شهدا يعني: الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت، أو غيره: فشهادتهما باطلة؛ لأنهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود به. قال: وإن شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز، وإن كان في غير مال الميت: جاز، وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: إن شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين؛ لأنه لا يثبت لهما ولاية التصرف في بهذه الشهادة التركة إذا كانت الورثة كباراً، فعريت عن التهمة. وله: أنه يثبت لهما ولاية الحفظ، وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث، فتحققت التهمة، بخلاف شهادتهما في غير التركة؛ لانقطاع ولاية وصي الأب عنه؛ لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها. قال: وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم، وشهد الآخران تركته للأولين بمثل ذلك: جازت شهادتهما، وإن كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية الشاهدين ألف درهم: لم تجز، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمتهما الله، وقال أبو يوسف رحمته الله: لا تقبل ألف مرسلة في الدين أيضاً. وأبو حنيفة رحمته الله فيما ذكر الخصاص مع أبي يوسف رحمته الله، في آداب القاضي

لأنهما يظهران إلخ: أي أنهما شهدا لأنفسهما بحق تصرف، فبطلت الشهادة كما أن الرجلين يشهدان أن لنا كذا، ولهذا المدعي على هذا ألف درهم، فالشهادة باطلة؛ لأن شهادة المتهم لا يقبل، وشهادة الخصم لا يقبل، فكذلك ههنا. قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". (البنية ٥٢٥/١٣) الحفظ: لأن حفظ مال الميت إليهما في حق الكبير كبير في مال الميت، وفي غير مال الميت. [البنية ٥٢٥/١٣] الحفظ: لأن حفظ مال الميت إليهما في حق الكبير إذا غاب. بخلاف شهادتهما إلخ: لأن الوصي إنما صار خصماً بقول الوصاية فيما هو من جملة الميراث، وأما فيما هو للوارث الكبير على الأجنبي لا بطريق الإرث هو كأجنبي آخر. [الكفاية ٤٣٦/٩] قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". [البنية ٥٢٥/١٣] مع أبي يوسف [يعني لا تقبل الشهادة عند أبي حنيفة رحمته الله في الدين أيضاً كما قال أبو يوسف رحمته الله]: أي لا يجوز شهادة كل فريق من الشاهدين في حق الآخر لا في حق الدين، ولا في الوصية بألف درهم. [الكفاية ٤٣٦/٩]

وعن أبي يوسف رحمته الله مثل قول محمد رحمته الله. وجه القبول: أن الدين يجب في الذمة، وهي قابلة لحقوقٍ شتى، فلا شركة، ولهذا لو تبرع أجنبيٌّ بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة. وجه الرد: أن الدين بالموت يتعلق بالتركة؛ إذ الذمة خربت بالموت، ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه، فكانت الشهادة لهذا مثبتةً حقَّ الشركة، فتحققت التهمة، بخلاف حال حياة المديون؛ لأنه في الذمة لبقائها لا في المال، فلا تستحق الشركة. قال: ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته،

وعن أبي يوسف رحمته الله إلخ: أي تجوز شهادة كل فريق من الشاهدين في حق الآخر في حق الدين، ولا تجوز في حق الوصية بألف درهم، فصار عن أبي حنيفة رحمته الله روايتان، وعن أبي يوسف رحمته الله كذلك، وعن محمد رحمته الله رواية واحدة. [الكفاية ٤٣٦/٩] مثل: يعني لا تقبل الشهادة في الدين أيضاً عند أبي يوسف رحمته الله كما قاله محمد رحمته الله. أن الدين: فكل فريق إنما يشهد للفريق الآخر بالدين في ذمة الميت، ولو شهدا بذلك في حياته كانت الشهادة مقبولة، فكذا إذا شهدا بعد موته؛ وهذا لأن الدين بالموت لا يتحول من الذمة إلى التركة، ألا ترى أن التركة لو هلكت لا يسقط شيء من الدين.

في الذمة إلخ: بخلاف الوصية؛ لأن الحق بالوصية لا يثبت في الذمة، وإنما يثبت في العين، فصار المال مشتركاً بينهم. فلا شركة: أي في ذلك، فلا قسمة. (البنية) ولهذا: أي ولأجل عدم الشركة. [البنية ٥٢٦/١٣] بالتركة: فصار بمنزلة الوصايا المشتركة. مثبتة إلخ: فشهادة كل فريق يلاقي محلاً مشتركاً، فهو نظير مسألة الوصية بالثلث؛ وهذا لأن المقصود من إثبات الدين بعد الموت الاستيفاء من التركة، وباعتبار المقصود يتحقق الشركة بينهم فيه. فتحققت التهمة: لا يقال: إن لهما في هذه الشهادة مضرة، وهو أن لا تسع التركة حق الفريقين، فينتقص حقهما بالشركة؛ لأننا نقول: هذا توهم عسى يتحقق، وعسى لا يتحقق، ومنفعة ثبوت حق المشاركة فيما يستوفيه الآخر متحققة، فترد الشهادة لهذا. [الكفاية ٤٣٧/٩] لبقائها: أي لبقاء الذمة، ولهذا الآخر لا يكون للآخر فيه أن يشاركه فيه. (البنية) قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". [البنية ٥٢٥/١٣]

وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعده: جازت الشهادة بالاتفاق؛
لأنه لا شركة، فلا قسمة. ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله، وشهد
 المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله، **فالشهادة باطلة**، وكذا إذا شهد
 الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بالعبد، وشهد المشهود لهما أنه أوصى
 للأولين بثلث ماله: فهي باطلة؛ لأن الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة.

لأنه لا شركة إلخ: لأن كل واحد من الفريقين يثبت الحق للمشهود لهما في محل لا شركة لهما في ذلك المحل.
 فالشهادة باطلة: وهذا لأن الثلث مشترك بين الموصى لهم، فشهادة كل فريق لاقت محلاً مشتركاً بين المشهود له
 والشاهد. باطلة: لأنهما أوجبا شركة لأنفسهما فيما شهدا به للآخرين، وكذلك إذا شهدا للآخرين بألف مرسلة
 أيضاً. [الكفاية ٤٣٦/٩-٤٣٧] مثبتة للشركة: وذلك؛ لأنهم يشتركون في ثلث العبد. [البنية ٥٢٧/١٣]

كتاب الخنثى

فصل في بيان الخنثى

قال: وإذا كان للمولود فرجٌ وذكر: فهو خنثى، فإن كان يبول من الذكر: فهو غلام، وإن كان يبول من الفرج: فهو أنثى؛ لأن النبي ﷺ سئل عنه كيف يُورَث؟ فقال: "من حيث يبول"،* وعن علي رضي الله عنه،** ولأن البول من أي عضو كان، فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح،

كتاب الخنثى: أخر كتاب الخنثى لوقوع الخنثى نادراً؛ لأن الأصل أن يكون لكل شخص آلة واحدة إما آلة الرجل، وإما آلة المرأة، واجتماع الآتين في شخص واحد في غاية الندرة، لكن قد يقع ذلك، فيحتاج إلى بيان حكمه، فلأجل هذا أخره عن سائر الكتب. وإذا كان: الظاهر أن الواو الواقعة في أول الكلام للاستئناف. [العناية ٤٣٨/٩] عنه: أي عن مولود له قبل وذكر. هو العضو إلخ: وذلك لأن ما يقع به الفصل بين الذكر والأنثى عند الولادة الآلة، وذلك في الآدمي، وفي سائر الحيوانات، وعند انفصال الولد من الأم منفعة تلك الآلة خروج البول منها، وما سواه من المنافع يحدث بعد ذلك، فعرفنا أن المنفعة الأصلية للآلة كونها مبالاً، فإذا كان يبول من مبال الرجال عرفنا أن الآلة هذه، والآخر زيادة بمنزلة الخرق في البدن، وإذا كان يبول من مبال النساء عرفنا أن الآلة هذه، وأن الآخر بمنزلة ثللول في البدن. [الكفاية ٤٣٨/٩]

*رواه ابن عدي في "الكامل" من حديث أبي يوسف القاضي عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ أنه سئل عن مولود له قبل وذكر من أين يورث، فقال النبي ﷺ: يورث من حيث يبول. [٢١٣/٦] ومن طريق ابن عدي رواه البيهقي في "المعرفة" في الفرائض، وعده ابن عدي من منكرات الكلبي، وقال البيهقي: الكلبي لا يحتج به. [نصب الراية ٤/١٧] قلت: أبو يوسف إمام مجتهد ثقة كيف يروي عن الكلبي مع علمه بأنه لا يحتج به، ولو لم يعلم أنه ثقة لما روى عنه. [البنية ٥٢٩/١٣]

**رواه عبد الرزاق في "مصنفه" في الفرائض أخبرنا سفيان الثوري عن مغيرة عن الشعبي عن علي أنه ورث خنثى من حيث يبول. [٣٠٨/١٠، رقم: ١٩٢٠٤، باب خنثى ذكر] وأخرجه ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن علي في الخنثى قال: "يورث من قبل مباله". [رقم: ١١٤١٠، ٣٤٩/١١، باب في الخنثى يموت كيف يورث]

والآخر بمنزلة العيب، وإن بال منهما: فالحكم للأسبق؛ لأن ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الأصلي. وإن كانا في السبق على السواء، فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا: ينسب إلى أكثرهما بولاً؛ لأنه علامة قوة ذلك العضو، وكونه عضواً أصلياً، ولأن للأكثر حكم الكل في أصول الشرع، فيترجح بالكثرة. وله: أن كثرة الخروج ليس يدل على القوة؛ لأنه قد يكون للاتساع في أحدهما، وضيق في الآخر، وإن كان يخرج منهما على السواء: فهو مُشْكِلٌ بالاتفاق؛ لأنه لا مرجح. قال: وإذا بلغ الخنثى، وخرجت لحيته، أو وصل إلى النساء: فهو رجل، وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل، أو كان له ثدي مستو؛ لأن هذه من علامات الذُكْران. ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة، أو نزل له لبن في ثديه، أو حاض، أو حبل، أو أمكن الوصول إليه من الفرج: فهو امرأة؛ لأن هذه من علامات النساء، وإن لم يظهر بعد البلوغ إحدى هذه العلامات: فهو خنثى مشكل، وكذا إذا تعارضت هذه المعالم.

فالحكم للأسبق: والفقهاء فيه: أن حين وجد الأول لم يكن له معارض، فأخذ اسم المبال قبل أن يأخذ الآخر ذلك الاسم، والثاني يعارضه الأول حين وجوده، فترجح السابق. [الكفاية ٤٣٨/٩] لأن السبق من أسباب الترجيح، فدل السبق على أنه هو المجرى الأصلي، وخروجه بعد ذلك من موضع آخر انصراف عن المجرى لعله، أو عارض، فلا يلتفت إليه. للاتساع: فإن مخرج بول النساء أوسع من مخرج بول الرجال. وإن كان إلخ: أي إذا كان بوله في الخروج، والكثرة على السواء، كان مشكلاً بالاتفاق، وفي "شرح الطحاوي": وقال أبو يوسف ومحمد رحمتهما الله: يعتبر الأكثر منهما، فإن استويا في الكثرة، قالوا جميعاً: لا علم لنا به. [الكفاية ٤٣٨/٩-٤٣٩] لا مرجح: حتى يحكم بالترجيح. [البنية ٥٣٠/١٣] من علامات الذكْران: وقوله في ذلك: مقبول؛ لأنه أمر في باطنه لا يعلم غيره، وقول الإنسان: مقبول فيما يخبر عما في باطنه عما لا يعلمه غيره. المعالم: بأن ظهر فيه علامة الرجل وعلامة المرأة. [الكفاية ٤٣٩/٩]

فصل في أحكامه

قال رضي الله عنه: الأصل في الخنثى المشكل أن يُؤخَذَ فيه بالأحوط والأوثق في أمور الدين، وأن لا يُحكَمَ بثبوت حكمٍ وقع الشكُّ في ثبوته. قال: وإذا وقف خلف الإمام: القدوري قام بين صفِّ الرجال والنساء؛ لاحتمال أنه امرأة، فلا يتخلل الرجال؛ كيلا يفسد صلاتهم، ولا النساء؛ لاحتمال أنه رجل، يفسد صلاته. فإن قام في صف النساء: لا يتخلل النساء فأحبُّ إليَّ أن يعيد صلاته؛ لاحتمال أنه رجل، وإن قام في صف الرجال: فصلاته تامة، ويُعيد الذي عن يمينه، وعن يساره، والذي خلفه بجذائه صلاتهم احتياطاً؛

فصل إلخ: لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة أحكام الخنثى المشكل؛ لأن غير المشكل: إما أن يكون رجلاً أو امرأة، وحكم كل واحد منها معلوم ذكر في هذا الفصل أحكامه، فقال: الأصل في الخنثى المشكل، ولم يقل: المشكلة؛ لأنه لما لم يعلم تذكيره وتأنيثه، والأصل هو الذكر؛ لأن حواء خلقت من ضلع آدم اعتبره. [العناية ٩/٤٣٩-٤٤٠] في أحكامه: أي أحكام الخنثى المشكل، وهو الذي لم يظهر فيه إحدى علامات، أو تعارضت العلامات، وتذكير الضمير الراجع إلى الخنثى لتغليب الذكر على الأنثى؛ لأن فيه جهة الذكورة وجهة الأنوثة. والنساء: أي خلف صف الرجال، وأما صف النساء.

فأحب إلخ: وإنما قال: استحباب إعادة الصلاة دون الوجوب؛ لأن المسقط، وهو الأداء معلوم، والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم، فلتوهم أحب له أن يعيد الصلاة كذا في "المبسوط"، وذكر في "الذخيرة": فإن قام في صف النساء، فصلّى قال: أحب إلي أن يعيد صلاته؛ لأنه صبي أو صبية، فإن كانت صبية يجزئها صلاتها، ويحتمل أن يكون صبيّاً، ففسد صلاته، فيؤمر بالإعادة تخلقاً واحتياطاً، فإن لم يعد، فلا شيء عليه إن كان مراهقاً، وإن كان بالغاً، وكان مشكلاً حاله يلزمه الإعادة حتماً، وإيجاباً؛ لأنه ذكر أو أنثى، فإن كان أنثى لا تلزمها الإعادة، وإن كان ذكراً كان عليه الإعادة، فتجب عليه الإعادة احتياطاً. [الكفاية ٩/٤٤٠]

ويعيد الذي إلخ: وفي "المبسوط": والمراد بالإعادة الإعادة على طريق الاستحباب؛ لما بينا أن محاذاة المرأة الرجل في حقهم موهوم، ومبنى العبادة على الاحتياط، فيستحب لهم أن يعيدوا صلاتهم لهذا. [الكفاية ٩/٤٤٠]

لاحتمال أنه امرأة. قال: وأحبُّ إلينا أن يصليَّ بقناع؛ لأنه يحتمل أنه امرأة، ويجلس في صلاته جلوسَ المرأة؛ لأنه إن كان رجلاً، فقد ترك سنَّةً، وهو جائر في الجملة، وإن كان امرأة، فقد ارتكب مكروهاً؛ لأن السترَ على النساء واجب ما كما في حالة الضعف أمكن. وإن صليَّ بغير قناع: امرأته أن يعيد؛ لاحتمال أنه امرأة، وهو على الاستحباب، وإن لم يُعِدْ: أجزأه. وتُبْتَاع له أمةٌ تَحْتَهُ إن كان له مال؛ لأنه يباح لمملوكته النظرُ إليه رجلاً كان أو امرأة، ويكره أن يختنه رجل؛ لأنه عساه أنثى، أو تحتنه امرأة؛ لأنه لعله رجل، فكان الاحتياط فيما قلنا.

قال إلخ: لفظ: قال: هنا لم يقع في محله؛ لأنه إنما يذكر إما لمحمد، وإما للقدوري، ولم يذكر هذه المسألة إلا في الأصل، وكذلك لم يقع في نسخة شيخي العلماء. [البنية ٥٣١/١٣] أحب إلينا: يعني إذا كان مراهقاً، وأما إذا بلغ بالسن، فذاك واجب. [العناية ٤٤٠/٩] امرأة: فتؤمر بالتقنع في صلاحها، وإن كان رجلاً، فالتقنع لا يمنع جواز صلاته. جلوس المرأة: وفسر السرخسي هذا بقوله: معناه أن يخرج رجله من جانب، ويفضي ياليته إلى الأرض؛ لأنه أقرب إلى الستر. [البنية ٥٣٢/١٣] وهو إلخ: أي الأمر بإعادة الصلاة إذا صلي بغير قناع على الاستحباب؛ لأن الفساد موهوم، والمسقط، وهو الأداء معلوم. [الكفاية ٤٤٠/٩] على الاستحباب: [لأن فساد الصلاة بلا قناع موهوم، فالتوهم استحب أن يعيد الصلاة] يعني إذا كان غير بالغ، وأما إذا بلغ بالسن، ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال والنساء، فالإعادة واجبة. [العناية ٤٤٠/٩] أجزأه: لأنه ترك الاستحباب. [البنية ٥٣٢/١٣] وتبتاع إلخ: هذا لفظ القدوري في "مختصره". لأنه يباح إلخ: هذا التعليل وإن كان صحيحاً في حق الرجال فاسد في حق المرأة؛ لأن الأمة في النظر إلى سيدتها كالأجنبيات، والأولى في التعليل ما ذكر في "الذخيرة": لأنه متى اشترى الولي جارية للخنثى، فإنه يملكها الخنثى، ثم إن كان الخنثى ذكراً، فهذا نظر المملوكة إلى مالِكها، وإن كان الخنثى أنثى، فإنه نظر الجنس إلى الجنس، وأنه مباح حالة العذر. [الكفاية ٤٤٠/٩-٤٤١] فيما قلنا: أنه في شراء الأمة. [البنية ٥٣٢/١٣]

وإن لم يكن له مال: ابتاع له الإمام أمةً من بيت المال؛ لأنه أُعِدَّ لنوائب المسلمين،
 فإذا ختنته باعها وردَّ ثمنها في بيت المال؛ لوقوع الاستغناء عنها. ويكره له في
 حياته: لبسُ الحُلِيِّ و الحرير، وأن يتكشف قُدَّام الرجال، أو قُدَّام النساء، وأن يخلو
 به غيرُ مُحَرَّمٍ من رجل أو امرأة، وأن يسافر من غير محرم من الرجال؛ توقياً عن
 احتمال المُحَرَّم. وإن أحرم وقد راهق قال أبو يوسف رحمته: لا عِلْمَ لي في لباسه؛
 لأنه إن كان ذكراً يُكره له لبسُ المَخِيط،

ويكره له [ذكره على سبيل التفريع، وهي من مسائل "الأصل"] إِنْ: وقوله: في حياته لا يفيد زيادة
 فائدة؛ لأن الفائدة تستفاد من ذكر اللبس، ومن ذكر اختصاص الكراهة، وبعد الموت الإلباس، والكراهة
 للملبس، إلا أنه اتبع لفظ "المبسوط"، وإنما وقع في لفظ "المبسوط" ذلك؛ لأنه ذكر هذه المسألة بعد ذكر
 تكفين الخنثى إذا مات لإظهار المقابلة؛ لأن لبس الحلي والحرير لا يحل للرجال، ويباح للمرأة، فكان
 الاحتياط في ترك لبسه؛ كيلا يكون واقعاً في الحرام إن كان رجلاً. [الكفاية ٤٤١/٩ - ٤٤٢/٩]
 وأن يتكشف إِنْ: [ذكرها على سبيل التفريع أصلاً] لاحتمال أنه امرأة، أو قدام النساء؛ لاحتمال أنه رجل،
 وهذه المسألة تدل على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل؛ لأنه لو
 كان كنظر الرجل إلى الرجل لجاز للخنثى التكشف للنساء، فإنه ليس المراد من التكشف إبداء العورة؛ لأن ذلك
 لا يحل لغير الخنثى أيضاً، ولكن المراد أن يكون في إزار واحد، وفي نظر للمرأة إلى المرأة روايتان. [الكفاية ٤٤٢/٩]
 وأن يخلو به [ذكرها على سبيل التفريع] إِنْ: وذلك قوله: ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل،
 فإن ثالثهما "الشیطان"، فإذا خلا الخنثى برجل، فمن الجائز أنه امرأة، فيكون هذا خلوة رجل بامرأة
 أجنبية، وإن خلا بامرأة، فمن الجائز أنه ذكر خلا بأجنبية، والمراهقة في المنع من هذه الخلوة كالبالغة؛ لأن
 المنع لخوف الفتنة. وأن يسافر [ثلاثة أيام فصاعداً] إِنْ: قيد بقوله: من الرجال؛ لأنه يكره أن يسافر معه
 امرأة محرماً كان أو غير محرم؛ لأنه من الجائز أنه أنثى، فيكون هذا مسافرة امرأتين بغير محرم لهما، وذلك
 حرام. [الكفاية ٤٤٢/٩] وإن أحرم: ذكرها على سبيل التفريع، وهي من مسائل "الأصل".

وإن كان أنثى يكره له تركه، وقال محمد رحمته: يلبس لباس المرأة؛ لأن ترك لبس
 المَخِيط وهو امرأة أفحش من لبسه وهو رجل، ولا شيء عليه؛ لأنه لم يبلغ، ومن
 حلف بطلاق، أو عتاق إن كان أول ولد تلدنيه غلاماً، فولدت خنثى: فلا يكون حناية لم يقع حتى
 يستبين أمر الخنثى؛ لأن الخنث لا يثبت بالشك. ولو قال: كل عبد لي حرّاً، أو قال:
 كل أمة لي حرّة، وله مملوك خنثى: لم يعتق حتى يستبين أمره؛ لما قلنا. وإن قال
 القولين جميعاً: عتق؛ للتيقن بأحد الوصفين؛ لأنه ليس بمهمّل، وإن قال الخنثى:
 أنا رجل، أو أنا امرأة لم يُقبل قوله إذا كان مُشْكِلاً؛ لأنه دعوى يخالف قضية الدليل،
 المملوك الخنثى

يكره له إلخ: فإن المرأة في إحرامها يلزمها لبس المخيط، ويحرم عليها الاكتفاء بلبس الإزار والرداء،
 فلما استوى الجانبان لا يمكن ترجيح أحدهما بغير حجة، فتوقف فيه، وقال: لا علم لي به. (الكفاية)
 أفحش إلخ: لأن لبس المخيط للرجل في إحرامه جائز عند العذر، واشتباه أمره من أبلغ الأعدار، وأما ترك
 الستر للمرأة، فغير جائز في حال من الأحوال، ولبس المخيط أقرب إلى الستر، ومبنى حال المرأة على الستر
 كما في غير حالة الإحرام. [الكفاية ٤٤٢/٩] ومن حلف إلخ: ذكرها على سبيل التفريع.
 تلدنيه: الخطاب إلى الزوجة أو إلى الأمة. لأن الخنث إلخ: وذلك لأن المعلق بالشرط لا ينزل ما
 لم يوجد الشرط، ومع الإشكال لا يتيقن بوجود الشرط، وهذا نظير ما لو قال: إن لم أدخل دار فلان،
 فعبده حرّاً، ثم مات، ولم يعلم أدخل، أو لم يدخل لا يحكم بوقوع العتق لهذا المعنى، فكذلك ههنا.
 لما قلنا: أي لأن الخنث لا يثبت بالشك. (البنية) وإن قال القولين إلخ: يعني إذا قال: كل عبد لي
 حرّاً، وكل أمة لي حرّة عتق المملوكة الخنثى؛ للتيقن بأحد الوصفين، لا فرق أن يكون ذكراً في الواقع،
 أو أنثى، فأياً ما كان يعتق بأحد اليمينين. [البنية ٥٣٣/١٣]

ليس بمهمّل: يعني أنه في الواقع ليس بخال عن أحد الحالين خلاف ما لم يعلم به غيره. [العناية ٤٤٢/٩-٤٤٣]
 وإن قال الخنثى: ذكره على سبيل التفريع. قضية الدليل: لأنه يقتضي بقاء الإشكال وهو لا يعلم في
 ذلك من نفسه. [العناية ٤٤٣/٩]

وإن لم يكن مشكلاً: ينبغي أن يُقْبَلَ قوله؛ لأنه أعلم بحاله من غيره، وإن مات قبل الغسل^{الخنثى} أن يستبين أمره: لم يُغَسَّلْ رجل ولا امرأة؛ لأن حلَّ الغُسل غير ثابت بين الرجال والنساء، فيتوقى لاحتمال الحرمة، ويُمِّم بالصَّعيد؛ لتعذر الغسل، ولا يحضر إن كان مراهقاً غسل رجلٍ، ولا امرأة؛ لاحتمال أنه ذكر أو أنثى، وإن سُجِّي قبره، فهو أحب؛ لأنه إن كان أنثى نقيم واجباً، وإن كان ذكراً، فالتسجية لا تضره. وإذا مات، فصلِّي عليه، وعلى رجل وامرأة: وُضِعَ الرجلُ مما يلي الإمام، والخنثى خلفه،

ينبغي [أي إن لم يظهر تعارض العلامات. (الكفاية)] إلخ: إنما قال: بلفظ ينبغي؛ لأن حكمه غير مذكور، فلم يتيقن به. [العناية ٤٤٣/٩] لأنه أعلم إلخ: لأن الإنسان أمين في حقه نفسه، والقول قول الأمين ما لم يعرف خلاف ما قال. [الكفاية ٤٤٣/٩] وإن مات: ذكره على سبيل التفريع. لم يغسله إلخ: لا يقال: كيف لا يشتري جارية تغسله كما تشتري لختانه جارية؛ لأننا نقول: لا فائدة في شراء الجارية بعد الموت؛ لأنها لا تدخل في ملكه؛ لأن الموت ينافي المالكية، فتبقى الجارية المشتراة أجنبية عنه، بخلاف الجارية المشتراة في حالة الحياة؛ لأنها تدخل في ملكه وحصل الفرق. غير ثابت إلخ: أي غسل الرجل المرأة، وغسل المرأة الرجل غير ثابت؛ وذلك لأن النظر إلى العورة حرام، وبالموت لا تنكشف هذه الحرمة، إلا أن نظر الجنس إلى الجنس أخف، فلاجل الضرورة أبيع النظر للجنس عند الغسل، والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته، فإذا كان مشكلاً لا يوجد له جنس؛ إذ لا يعرف جنسه أنه من جنس الرجال أو النساء، فيتعذر غسله؛ لانعدام من يغسله، فصار بمنزلة من تعذر غسله لانعدام ما يغسل به، فيتيمم بالصعيد وهو نظير امرأة تموت بين رجال ليس معهم امرأة، فإنها تيمم بالصعيد. [الكفاية ٤٤٣/٩]

ويتيمم بالصعيد إلخ: مع الخرقه إن عَمَّ الأجنبي، وبغيرها إن كان ذا رحم محرم من الميت، وينظر الميم على وجهه، ويعرض وجهه عن ذراعيه؛ لجواز أن يكون امرأة. (العناية) لا تضره: لأنه لا بأس بأن يسجى قبره عند العذر كالحر والبرد والمطر، واشتباه حاله بأبلغ من ذلك. وإذا مات: ذكره تفريعاً أيضاً. وضع إلخ: يعني اعتباراً بحال الحياة؛ لأنه يقوم بين صف الرجال والنساء، فكان في القرب من الإمام بعد درجة، فكذلك في حال الممات، والأصل فيه: قوله ﷺ: ليلي منكم أولو الأحلام والنهي. [العناية ٤٤٣/٩]

والمرأة خلف الخنثى، فيؤخر عن الرجل؛ لاحتمال أنه امرأة، ويقدم على المرأة؛ لاحتمال أنه رجل، ولو دُفِنَ مع رجل في قبر واحد من عذر: **جُعِلَ الخنثى خلف الرجل؛ لاحتمال أنه امرأة، ويُجَعَل بينهما حاجز من صعيد، وإن كان مع امرأة قُدِّمَ الخنثى؛ لاحتمال أنه رجل، وإن كان جعل على السرير نعش المرأة: فهو أحب إلي؛ لاحتمال أنه عورة، ويكفن كما تكفن الجارية، وهو أحب إلي يعني: يكفن في خمسة أثواب؛ لأنه إذا كان أنثى، فقد أقيمت سنة، وإن كان ذكراً، فقد زادوا على الثلاث، ولا بأس بذلك، ولو مات أبوه، وخلف ابناً: فالمال بينهما عند الخنثى أبي حنيفة رحمته الله أثلاثاً: للابن سهمان، وللخنثى سهم، وهو أنثى عنده في الميراث الخنثى وعليه الفتوى أبي حنيفة إلا أن يتبين غير ذلك، وقالوا: **للخنثى نصف ميراث ذكر،****

ولو دفن: ذكره أيضاً تفرعاً. جعل الخ: يعني يقدم الرجال إلى جانب القبلة؛ لأن جهتها أشرف، فالرجل للتقريب إليه أولى، وقد جاء في الحديث أنه عليه السلام أمر بتقديم أكثرهم؛ أخذاً للقرآن إلى جانب القبلة. صعيد: ليصير ذلك في حكم قبرين. (العناية) نعش المرأة: النعش شبه الحفة مشتبك يطبق على المرأة إذا وضعت على الجنائز، وقد تقدم في كتاب الصلاة. [العناية ٤٤٤/٩] ويكفن: ذكرت على سبيل التفرع. ولا بأس بذلك: لأن عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة، فالزيادة على الثلاث في الكفن للرجل لا يضره كما في حال الحياة، فإن للرجل أن يلبس حال حياته الزيادة على الثلاث، وأما إذا كان أنثى كان في الاقتصار على الثلاث ترك السنة، فإن السنة في كفن خمسة أثواب، فكان أحوط الوجهين ما ذكرنا. (الكفاية) إلا أن يتبين الخ: هذا استثناء من قوله: وهو أنثى عنده في الميراث يعني وهو بأن يظهر فيه إحدى علامات المذكورة بلا تعارض، فحينئذ يعتبر ذكراً. [البنية ٥٣٥/١٣] وقالوا للخنثى الخ: هذا وقع مخالفاً لعامة روايات الكتب؛ لأن محمداً رحمته الله مع أبي حنيفة رحمته الله في عامة الروايات، ويحتمل أن يراد أنهما قالوا على قياس قول الشعبي: للخنثى نصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى. [الكفاية ٤٤٤/٩]

ونصفُ ميراثِ أنثى، وهو قول الشعبي رحمته، واختلفاً في قياس قوله، قال محمد رحمته:
 المالُ بينهما على اثني عشر سهماً: للابن سبعة، وللخنثى خمسة، وقال أبو يوسف رحمته:
 المالُ بينهما على سبعة: للابن أربعة، وللخنثى ثلاثة؛ لأن الابنَ يَسْتَحِقُّ كلَّ الميراث عند
 الانفراد، والخنثى ثلاثة الأرباع، فعند الاجتماع يُقسم بينهما على قدر حقيهما، هذا
 يضرب بثلاثة، وذلك يضرب بأربعة، فيكون سبعة. ولمحمد رحمته: أن الخنثى لو كان
 ذكراً يكون المالُ بينهما نصفين، وإن كان أنثى يكون المالُ بينهما أثلاثاً، احتجنا إلى
 حساب له نصف وثلث، وأقل ذلك ستة، ففي حال يكون المالُ بينهما نصفين لكلِّ
 واحد منهما ثلاثة، وفي حال يكون أثلاثاً للخنثى سهمان، وللابن أربعة، فسهمان
 للخنثى ثابتان بيقين، ووقع الشك في السهم الزائد، فيتصّف، فيكون له سهمان
 ونصف فانكسر، فيضعف ليزول الكسر، فصار الحسابُ من اثني عشر: للخنثى
 خمسة، وللابن سبعة. ولأبي حنيفة رحمته: أن الحاجةَ ههنا إلى إثبات المال ابتداءً،

واختلفاً إلخ: ثم التفاوت بين تخريجيهما: أن على تخريج قول أبي يوسف رحمته ما كان يصيب الخنثى أكثر
 مما يصيبه على قول محمد رحمته، فإن ثلاثة من سبعة أكثر من خمسة هذا استثناء من اثني عشر؛ لأننا لو زدنا
 نصف سبع على ثلاثة أسباع تصير نصف المال، والخمسة لا يصير نصف المال، إلا بزيادة سهم من اثني
 عشر، وهو نصف السدس، ونصف السدس أكثر من نصف السبع، فثبت أن ما قاله أبو يوسف رحمته:
 أنفع للخنثى. [الكفاية ٤٤٥/٩] ثلاثة الأرباع: لأن الخنثى في حال ابن، وفي حال بنت، وللبنت في
 الميراث نصف الابن، فيجعل له نصف كل حال، فيكون له ثلاثة أرباع نصيب ابن، فيضرب مخرج الربع،
 وهو أربعة في سهم، وثلاثة أرباع سهم يحصل سبعة، فللخنثى ثلاثة، وللابن أربعة. [العناية ٤٤٤/٩]
 احتجنا: لأنه يكون له النصف والثلث. أن الحاجةَ ههنا إلخ: لأنه لا بد من بيان سبب استحقاقه
 بالذكورة، أو الأنوثة، ولا شيء منهما معلوم، وإثبات المال ابتداءً بدون سبب محقق غير مشروع، =

والأقل وهو ميراث الأنثى متيقن به، وفيما زاد عليه شك، فأثبتنا المتيقن به قصراً عليه؛ لأن المال لا يجب بالشك، وصار كما إذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر، فإنه يؤخذ فيه بالمتيقن به كذا هذا، إلا أن يكون نصيبه الأقل لو قدرناه ذكراً، فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة؛ لكونه متيقناً به، وهو أن تكون الورثة زوجاً وأماً وأختاً لأب وأم هي خنثى، أو امرأة وأخوين لأم، وأختاً لأب وأم هي خنثى، فعندنا في الأولى للزوج النصف، وللأم الثلث، والباقي للخنثى، وفي الثانية للمرأة الربع، وللأخوين لأم الثلث، والباقي للخنثى؛ لأنه أقل النصيبين فيهما، والله أعلم بالصواب.

= فلا بد من البناء على المتيقن، والأقل وهو ميراث الأنثى متيقن، فأوجبناه كما إذا كان إثباته بطريق آخر، فإنه يؤخذ بالمتيقن به دون المشكوك، إلا أن يقوم الدليل على الزائد، فإن من قال: لفلان علي دراهم يحكم بالثلاثة حتى يقوم الدليل على الزائد؛ لكون الأول متيقناً به دون الزيادة لا يقال: سبب استحقاق الميراث هو القرابة، وهي ثابت بيقين في الخنثى، والجهالة وقعت في القسمة بقاء، فلا يتمتع الوجوب؛ لأننا نقول: ليس الكلام في استحقاق أصل الميراث، وإنما هو في استحقاق المقدار، وسببه: الذكورة أو الأنوثة، ولا شيء منهما بمتيقن به فيما نحن فيه. [العناية ٤٤٥/٩]

إلا أن: استثناء من قوله: وهو ميراث الأنثى. (العناية) فحينئذ إلخ: ولو ماتت امرأة، وتركت زوجاً وأختاً لأب وأم، وخنثى لأب، فللزوج النصف، وللأخت لأب وأم النصف، ولا شيء للخنثى؛ لأن أسوأ حاله أن يكون ذكراً؛ لأنه لو جعل ذكراً لا يصيبه شيء، ولو جعل أنثى لكان له سدس، فتعول المسألة، فيجعل ذكراً. [الكفاية ٤٤٦/٩] الورثة زوجاً إلخ: للزوج النصف، وللأم الثلث، فلو قدرنا الخنثى يكون لها النصف، فتعول المسألة إلى ثمانية، ولو قدرناه ذكراً يكون الباقي من الستة، وهو السدس، فيعطى له؛ لأنه أقل من النصف. (البنية) أو امرأة وأخوين إلخ: أصل المسألة من اثني عشر، فللمرأة الربع، وللأخوين لأم الثلث، فلو قدرنا الخنثى ذكراً يكون له الباقي، وهو الخمسة، ولو قدرناه أنثى يكون لها النصف، وهي ستة، فتعول المسألة إلى ثلاثة عشر، فتعطى الخمسة؛ لأنها أقل من الستة. [البنية ٥٣٧/١٣]

مسائل شتى

قال: وإذا قرئ على الأخرس كتابٌ وصيته، فقل له: أنشهد عليك بما في هذا الكتاب، فأومئ برأسه، أي نعم، أو كتب، فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار: فهو جائز، ولا يجوز ذلك في الذي يُعتقل لسانه، وقال الشافعي رحمته الله: يجوز في الوجهين؛ لأن الإشارة والكتابة كما في الأخرس المجوز إنما هو العجز، وقد شمل الفصلين، ولا فرق بين الأصلي والعارض كالوحشي والمتوحش من الأهلي في حق الزكاة. والفرق لأصحابنا رحمهم الله: أن الإشارة إنما تُعتبر إذا صارت معهودة معلومة، وذلك في الأخرس دون المعتقل لسانه، حتى لو امتد ذلك، اعتقال اللسان

مسائل شتى: أو مسائل مثورة، أو مسائل متفرقة هذا من دأب المصنفين لتدارك ما لم يذكر فيما كان يحق ذكره فيه. [العناية ٤٤٦/٩] قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". [البنية ٥٣٨/١٣] فإذا جاء: أي إذا جاء من الإيماء والكتابة ما يعرف أنه إقرار، فهو يكون وصية، وإنما قيد بقوله: ما يعرف أنه إقرار؛ لأن ما يجيء من الأخرس، ومعتقل اللسان على نوعين: أحدهما: ما يكون ذلك منه دلالة الإنكار كما إذا حرك رأسه عرضاً مثلاً، والثاني: ما يكون ذلك منه دلالة الإقرار كما إذا حرك رأسه طولاً إذا كان ذلك معهوداً منه في نعم. [الكفاية ٤٤٦/٩] يعتقل لسانه: على بناء المفعول يقال: اعتقل لسانه بضم التاء إذا حبس عن الكلام، ولم يقدر عليه. [العناية ٤٤٧/٩] والعارضى: كما في معتقل اللسان.

والمتوحش: أي ما توحش من النعم، فذكاته العقر والجرح كالوحشي الأصلي، ولم يفصل بين الأصلي والعارضى، فكذا هذا. [الكفاية ٤٤٧/٩] والفرق: بين الأخرس ومعتقل اللسان. إنما تعتبر: وتقوم مقام النطق في حق الأخرس. [البنية ٥٣٨/١٣] دون المعتقل إلخ: لاحتمال أن يزول ما به من المرض، فيطلق لسانه، فلم تقم إشارته أو كتابته مقام العبارة؛ لأن عجزه عارض على شرف الزوال. [البنية ٥٣٨/١٣] حتى لو امتد إلخ: وحد الامتداد سنة كذا ذكره الإمام التمرتاشي، وذكر الحاكم أبو محمد رحمته الله رواية عن أبي حنيفة رحمته الله أنه قال: إن دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة، ويجوز الإشهاد عليه؛ لأنه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله، فكان كالأخرس، قالوا: وعليه الفتوى، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمته الله. [الكفاية ٤٤٧/٩]

وصارت له إشارات معلومة، قالوا: هو بمنزلة الأخرس، ولأن التفريط^{التقصير} جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت، أما الأخرس، فلا تفريط منه، ولأن العارضي على شرف الزوال دون الأصلي، فلا ينقاسان، وفي الآبدة عرفناه بالنص. قال: وإذا كان الأخرس يكتب كتاباً، أو يؤمى إيماءً يُعرف به: فإنه يجوز نكاحه، وطلاقه، وعتاقه، وبيعه وشرأوه، ويُقتَصُّ له ومنه، ولا يحد ولا يُحدُّ له. أما الكتابة؛ فلأنها ممن نأى^{بعد} بمنزلة الخطاب ممن دنا، ألا ترى أن النبي ﷺ أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة،

ولأن التفريط إلخ: أقول: لا يذهب عليك أن هذا التعليق يقتضي أن لا يجوز إشارة معتقل اللسان، ولو امتد اعتقاله؛ لأن تأخير الوصية قد جاء من قبله هناك أيضاً مع أنهم قالوا: هذا بمنزلة الأخرس في الحكم كما صرح به المصنف فيما قبل آنفاً. [نتائج الأفكار ٤٤٧/٩] فلا ينقاسان: أي لا يقبلان القياس، بخلاف الصغيرة والآيسة؛ لأن امتداد الطهر وارتفاع الحيض على شرف الزوال دون الصغر والإياس. [البنية ٥٣٩/١٣]

وفي الآبدة إلخ: جواب عن قول الشافعي رحمه الله: كالوحشي والمتوحش الأهلي، وهو ما روي عن رافع بن خديج أن بغيراً من إبل الصدقات ند، فرماه رجل بسهم وسمى فقتله، فقال ﷺ: إن لها أوايد كأوايد الوحش، فإن فعلت شيئاً من ذلك، فافعلوا بها كما إذا فعلتم بهذا ثم كلوه "كذا ذكره في صيد "المبسوط". (الكفاية) قال: أي محمد ﷺ في "الجامع الصغير". (البنية) ومنه: أي يقتص له إذا قتل من له القصاص فيه. (البنية) ولا يحد له [أي إذا كان الأخرس مقدوفاً. (البنية ٥٣٩/١٣): أي حد كان، فيتناول جميع الأنواع أي لا يحد الأخرس إذا كان قاذفاً بالإشارة، أو الكتابة، وكذا إذا أقر بالزنا، أو السرقة، أو الشر؛ لأن المقر على نفسه ببعض الأسباب الموجبة للعقوبة ما لم يذكر اللفظ الصريح لا يستوجب العقوبة. [الكفاية ٤٤٧/٩]

فلأنها ممن نأى إلخ: أقول: فيه شيء، فإن المدعي أن كتاب الأخرس حجة فيما سوى الحدود، وهذا الدليل يدل على أنه حجة في الحدود أيضاً، فإنه إذا كان بمنزلة النطق في حق الحاضر لم يكن حجة ضرورية، فينبغي أن يكون حجة في الحدود أيضاً كما كان النطق حجة فيها أيضاً. بمنزلة الخطاب: لأن الكتابة جعلت مقام العبارة في حق الغائب في حق الأخرس ألزم. [البنية ٥٣٩/١٣]

وتارة بالكتابة إلى الغيب،* والمجوز في حق الغائب العجز، وهو في حق الأخرس أظهر وألزم. ثم الكتاب على ثلاث مراتب: مستبين مرسوم، وهو بمنزلة النطق في الغائب، والحاضر على ما قالوا، ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار، واعتقال اللسان وأوراق الأشجار، وينوي فيه؛ لأنه بمنزلة صريح الكناية، فلا بد من النية، وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء، وهو بمنزلة كلام غير مسموع،

أظهر وألزم: وذلك لأن الظاهر من حال الغائب أنه يحضر، وأما الأخرس، فالظاهر من حاله أنه لا يزول خرسه، فلما قبل الكتابة من الغائب في ثبوت الأحكام مه رجاء النطق بالحضور، فلأن تقبل في حق الأخرس مع اليأس عن زوال الخرس أولى. (الكفاية) مستبين: احتراز عن غير المستبين، وهو الكتابة على الهواء والماء مرسوم أي معنون أي مصدر بالعنوان، وهو أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان. [الكفاية ٤٤٧/٩] مرسوم: أي معهود كالكتابة المعهودة في زماننا على القراطيس. وينوي: أي يطلب منه النية. (الكفاية) لأنه بمنزلة إلخ: أي بمنزلة كناية قولية، أما الكتابة، فهو ليست بصريح الكناية؛ لأنها فعل، والكناية في الحقيقة إنما تكون في القول، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: وإذا كتب مستبيناً لكن غير مرسوم كالكتابة على الجدار، أو على التراب، أو على الكاغد لا على وجه الرسم؛ لأنه لا عرف في إظهار الأمر بهذا، فلا يكون حجة إلا بالنية والبيان. [الكفاية ٤٤٨/٩] الكناية: أي الكناية القولية كقوله: أنت بائن وأمثاله. [العناية ٤٤٨/٩]

* أما تبليغه عليه السلام بالعبرة، فمعروف، وأما الكتابة إلى الغيب ففي الصحيحين عن ابن عباس. [نصب الراية ٤١٧/٤-٤١٨] أخرجه البخاري في "صحيحه" عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه أخبره أن رسول الله ﷺ كتب إلى قيصر يدعو إلى الإسلام وبعث بكتابه إليه مع دحية الكلبي وأمره رسول الله ﷺ أن يدفعه إلى عظيم بصرى ليدفعه إلى قيصر. . . وفيه: ثم دعا بكتاب رسول الله ﷺ، فقرأ فإذا فيه: بسم الله الرحمن الرحيم من محمد بن عبد الله ورسوله إلى هرقل عظيم الروم سلام على من اتبع الهدى، أما بعد! إني أدعوك بدعاية الإسلام أسلم تسلم، وأسلم يؤتيك الله أجرك مرتين، فإن توليت فعليك إثم الأريسين ﴿قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ أَلَّا نَعْبُدَ إِلَّا اللَّهَ وَلَا نُشْرِكَ بِهِ شَيْئاً وَلَا يَتَّخِذَ بَعْضُنَا بَعْضاً أَرْبَاباً مِنْ دُونِ اللَّهِ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَقُولُوا اشْهَدُوا بِأَنَّا مُسْلِمُونَ﴾. [رقم: ٢٩٤١، باب دعاء النبي ﷺ الناس إلى الإسلام والنبوة]

فلا يثبت به الحكم. وأما الإشارة، فَجُعِلَتْ حجة في حق الآخرس في حق هذه الأحكام للحاجة إلى ذلك؛ لأنها من حقوق العباد، ولا تختص بلفظ دون لفظ، وقد تثبت بدون اللفظ. والقصاص حق العبد أيضاً، ولا حاجة إلى الحدود؛ لأنها حق الله تعالى، ولأنها تندري بالشبهات، ولعله كان مصداقاً للقذف، فلا يُحدّ للشبهة، ولا يحدّ أيضاً بالإشارة في القذف؛ لانعدام القذف صريحاً، وهو الشرط. ثم الفرق بين الحدود والقصاص: أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة، ألا ترى أنهم لو شهدوا بالوطء الحرام، أو أقرّ بالوطء الحرام: لا يجب الحد، ولو شهدوا بالقتل المطلق، أو أقرّ بمطلق القتل: يجب القصاص وإن لم يوجد لفظ التعمد؛ وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية؛ لأنه شرع جابراً، فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد.

الأحكام: أي النكاح والطلاق، والبيع والشراء. (البنية) ولا تختص إلخ: يعني هذه التصرفات من النكاح ونحوه لا يتعلق بلفظ خاص، بل يثبت بألفاظ كثيرة، ويثبت بلفظ دون لفظ، أي كما ثبت بالعربي يثبت بالفارسي وغيره. [البنية ١٣/٥٤٠]

بدون اللفظ: [أي بفعل يدل على القول كالتعاطي. (العناية ٩/٤٤٧-٤٤٩)] كما في بيع التعاطي، ونكاح الفضولي مع القدرة على التكلم، فلأن يثبت هنا، والعجز متحقق أولى. [الكفاية ٩/٤٤٨] الشرط: التصريح هو الشرط كما مر في الحدود. [البنية ١٣/٥٤١] بالوطء الحرام: أي مع أن الوطء الحرام مطلقاً إنما هو الزنا؛ لاحتمال أن يكون حراماً مقيداً. [الكفاية ٩/٤٤٨]

لم يوجد: أي في الشهادة والإقرار. معنى العوضية: لأنه يستوفي كل واحد منهما نفس الآخر. (البنية) فجاز أن يثبت إلخ: أقول: إنه مخالف لما صرح به فيما مر في عدة مواضع من هذا الكتاب من أن القصاص أيضاً تندري بالشبهة كما قد مر في كتاب الشهادة، وكتاب الكفالة وكتاب الدعوى، فتأمل.

أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر، وليس فيها معنى العوضية، فلا تثبت مع الشبهة؛ لعدم الحاجة. وذكر في كتاب الإقرار: أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه، ويحتمل أن يكون الجوابُ هنا كذلك، فيكون فيهما روايتان، ويحتمل أن يكون مفارقاً لذلك؛ لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب في الأخرس ^{الغائب} الجملة؛ لقيام أهلية النطق، ولا كذلك الأخرس؛ لتعذر الوصول إلى النطق للآفة المانعة، ودلت المسألة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادراً على الكتابة، بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا ^{الأخرس} ^{الغائب} أنه لا تُعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة؛ لأنه حجة ضرورية، ولا ضرورة؛ لأنه جمع ههنا بينهما، فقال: أشار أو كتب، وإنما استويا؛ لأن كل واحد منهما حجة ضرورية، وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الإشارة ^{الإشارة} ^{الكتابة} وفي الإشارة زيادة أثر لم يوجد في الكتابة؛

أما الحدود الخالصة إلخ: قيد الخالصة محل هناك، فإن حد القذف غير خالص لله تعالى، بل فيه حق الله تعالى، وحق العبد كما صرحوا به مع أنه أيضاً زاجر لا يثبت بالشبهة لا يكون إشارة الأخرس حجة فيه أيضاً كما صرح به فيما مر، فلا يتم التقريب بالنظر إليه. كذلك: أي لا تكون الكتابة حجة في حق الأخرس. (الكفاية) فيها: أي في الأخرس والغائب غير الأخرس. [الكفاية ٤٤٩/٩] ودلت المسألة: أي قوله: وإذا قرئ على الأخرس فأوماً برأسه أي نعم، أو كتب. [البنية ٥٤٢/١٣]

ولا ضرورة: أي مع وجود الكتابة. (البنية) ههنا بينهما [أي في "الجامع الصغير"]: يتعلق بقوله: بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا، فيكون دليل كونه مخالفاً لما توهمه البعض. [الكفاية ٤٥٠/٩] فقال: أشار إلخ: وهذا دليل على أن الإشارة معتبرة، وإن كان قادراً على الكتابة. [البنية ٥٤٢/١٣] زيادة بيان: حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة، بخلاف الإشارة، فإن فيها نوع إهمام. [العناية ٤٥٠/٩]

لما أنه أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستويا. وكذلك الذي صمت يوماً أو يومين بعارض؛ لما بيننا في المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة، وقيل: هذا تفسير لمعتقل اللسان. قال: وإذا كانت الغنم مذبوحة، وفيها ميتة، فإن كانت المذبوحة أكثر: تحرى فيها وأكل، وإن كانت الميتة أكثر، أو كانا نصفين: لم يؤكل، وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار، أما في حالة الضرورة: يحل له تناول في جميع ذلك؛ لأن الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة، فالتى تحتمل أن تكون ذكية أولى، غير أنه يتحرى؛ لأنه طريق يوصله إلى الذكية في الجملة، فلا يتركه من غير ضرورة. وقال الشافعي رحمته الله: لا يجوز الأكل في حالة الاختيار، وإن كانت المذبوحة أكثر؛ لأن التحري دليل ضروري، فلا يصار إليه من غير ضرورة، ولا ضرورة؛ لأن الحالة حالة الاختيار.

لما أنه أقرب إلخ: أي الإشارة أقرب إلى الكلام من الكتابة؛ لأن العلم بالكتابة إنما يحصل بآثار الأقلام، وهي منفصلة عن المتكلم، وأما العلم الحاصل بالإشارة حاصل بما هو متصل بالمتكلم، وهو إشارة بيده، أو برأسه، فكان المتصل بالمتكلم أقرب إليه من المنفصل منه، فكان الاعتبار لما هو أقرب إلى الموضوع للبيان أولى. (الكفاية) الذي صمت إلخ: أي لا يجوز إقراره بأن أوما برأسه أي نعم، أو كتب، وهو معطوف على قوله: ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه. [الكفاية ٤٥٠/٩] هذا: أي الذي صمت يوماً أو يومين.

قال: أي محمد رحمته الله في "الجامع الصغير". [البناء ٥٤٣/٩] تحرى فيها: هذا بخلاف الثياب، فإنه يتحرى فيها بكل حال، سواء كانت الغلبة للظاهر، أو للنجس، أو استويا؛ وهذا لأن حكم الثياب أخف، ولهذا لو لم يكن معه إلا ثوب واحد، وربعه طاهر يصلى فيه بالإجماع، وإن كانت ثلاثة أرباعه نجساً، وأما إذا كان الطاهر أقل من الربع، فكذلك عند محمد رحمته الله، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمتهما الله يتخير بين أن يصلي عرياناً قاعداً بالإيماء، فلما جازت الصلاة في ثوب نجس حالة الضرورة، فلأن تجوز بالتحري حالة الاشتباه أولى. (الكفاية) حالة الاختيار: أي بأن يجد ذكية ييقن. [الكفاية ٤٥٠/٩] ذلك: أي الكثرة والقلة والمساواة.

ولنا: أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة، ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم، والمسروق، والمغصوب، ومع ذلك يباح تناول؛ اعتماداً على الغالب؛ وهذا لأن القليل لا يمكن الاحتراز عنه، ولا يستطيع الامتناع عنه، فسقط اعتباره؛ دفعاً للحرص كقليل النجاسة، وقليل الانكشاف، بخلاف ما إذا كانا نصفين، أو كانت الميتة أغلب؛ لأنه لا ضرورة فيه.

والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

منزلة الضرورة إلخ: فكما أن في حالة الضرورة تباح الميتة، فكذلك يباح تناول عند غلبة الحلال على الحرام؛ لأن للغالب حكم الكل؛ لأن القليل لا يمكن الاحتراز عنه، وكل قليل لا يمكن الاحتراز عنه فهو عفو كما في النجاسة القليلة. [البنية ١٢/٥٤٣] لا ضرورة فيه: لأن الحالة حالة الاختيار، ويوجد ذكية بيقين. [الكفاية ٩/٤٥١]

فهرس المجلد الثامن

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
كتاب الجنایات	٣	باب القَسَامَة	٢٠٧
باب ما یوجب القصاص وما لا یوجه	١٢	كتاب المعاقل	٢٣٤
فصل : ومن شَهَرَ على المسلمین سیفاً	٢٦	كتاب الوَصَايا	٢٥٥
باب القصاص فیما دون النفس	٣٠	باب الوصیة بثلاث المال	٢٧٥
فصل : وإذا اصطَلَح القاتلُ	٣٦	فصل فی اعتبار حالة الوصیة	٣٠٢
فصل : ومن قطع یدَ رجل خطأ، ثم قتله	٤٥	باب العتق فی مرض الموت	٣٠٦
باب الشهادة فی القتل	٥٩	فصل : ومن أوصی بوصایا	
باب فی اعتبار حالة القتل	٦٥	من حقوق الله تعالى	٣١٥
كتاب الدِّیّات	٦٩	باب الوصیة للأقارب وغيرهم	٣٢١
فصل فیما دون النفس	٧٩	باب الوصیة بالسكنی والخدمة والثمره	٣٣٦
فصل : وفي أصابع الید نصفُ الدیة	٩٤	باب وصیة الذمی	٣٤٧
فصل فی الجنین	١١١	باب الوصی وما یملکه	٣٥٣
باب ما یُخذُّه الرجل فی الطریق	١١٩	فصل فی الشهادة	٣٧٤
فصل فی الحائط المائل	١٣٢	كتاب الخنثی	٣٧٨
باب جنایة البهیمه والجنایة علیها	١٤١	فصل فی بیانه	٣٧٨
باب جنایة المملوك والجنایة علیه	١٦٠	فصل فی أحكامه	٣٨٠
فصل : ومن قتل عبداً خطأ: فعليه قیمته	١٨٢	مسائل شتی	٣٨٨
فصل فی جنایة المدبّر وأُمّ الولد	١٩٢		
باب غصب العبد والمدبر	١٩٦		

